



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2012

Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor: Eckwerte zur Schaffung von "Swiss Finance Dispute Resolution" (Swiss FDR) - einem "Multi-Door Courthouse" für den Finanzplatz Schweiz

Contratto, Franca

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-68639>

Journal Article

Originally published at:

Contratto, Franca (2012). Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor: Eckwerte zur Schaffung von "Swiss Finance Dispute Resolution" (Swiss FDR) - einem "Multi-Door Courthouse" für den Finanzplatz Schweiz. Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 21(2):217-245.



Alternative Streitbeilegung im Finanzsektor

Eckwerte zur Schaffung von «Swiss Finance Dispute Resolution» (Swiss FDR) – einem «Multi-Door Court-house» für den Finanzplatz Schweiz

FRANCA CONTRATTO

Bei Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und Retailkunden repliziert sich oft das biblische Drama von David, der einem übermächtigen Goliath gegenübersteht. Im Zuge der Aufarbeitung der durch die Finanzkrise entstandenen Schadenfälle ist eine rechtspolitische Kontroverse zur Frage entbrannt, ob und mit welchen Massnahmen die Position von Kleinkunden in Konfliktsituationen gestärkt werden sollte. Die vorliegende Publikation möchte einen Beitrag zu dieser Diskussion leisten, indem sie die rechtsstaatlichen Anforderungen an Streitbeilegungsmechanismen im Finanzbereich analysiert und anschliessend – inspiriert durch verschiedene ausländische «Vorbilder» – Ansätze eines neuen, als «Swiss Finance Dispute Resolution» bezeichneten Verfahrenstypus entwickelt.

En cas de litige entre une entreprise de services financiers et ses clients revendeurs, on assiste souvent à une répétition du drame biblique de David confronté à un Goliath surpuissant. Dans le cadre du traitement des dommages résultant de la crise financière, une controverse est née sur la question de savoir si et avec quelles mesures il y a lieu de renforcer la position des petits clients en situation de conflit. La présente publication contribue à ce débat en analysant les exigences relatives au règlement de litiges découlant de l'État de droit dans le domaine financier puis, inspirée par différents « modèles » étrangers, en esquisant un nouveau type de procédure dénommé « Swiss Finance Dispute Resolution ».

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung und Problemstellung
- B. Regelungsbedarf zur Verbesserung des Rechtsschutzes?
 - I. Empirische und rechtliche Anhaltspunkte
 - II. Kontroverse Standpunkte aus Wirtschaft, Politik und Verwaltung
 - 1. Die Position der Konsumentenschützer
 - 2. Die Position der FINMA
 - 3. Die Position der Finanzindustrie
 - III. Zwischenfazit
 - 1. Schwachstellen der bisher propagierten Handlungsoptionen
 - 2. Grösster gemeinsamer Nenner: alternative Konfliktlösungsmechanismen
- C. Alternative Streitbeilegung (ADR) im Finanzsektor
 - I. Entwicklungslinien von 1970 bis 2011
 - II. Typologie von Streitbeilegungsmechanismen
 - 1. Klassische Ombudsstellen: reine Schlichtung
 - 2. Schiedsgerichte: zweiseitig verbindliche Entscheide
 - 3. Hybride Streitbeilegungsmechanismen («Med-Arb»)
 - III. Zukunftstendenzen
- D. Synthese und Vorschlag de lege ferenda: «Swiss Finance Dispute Resolution» (Swiss FDR)
 - I. Präliminarien
 - 1. Eckwerte
 - 2. Rechtspolitische Ziele
 - 3. Orientierung an international anerkannten Standards
 - II. Branchenunabhängiges Statut
 - 1. Staatlich gesteuertes Streitbeilegungssystem
 - 2. «Richterliche Behörde» i.S.v. Art. 29a BV
 - 3. Personelle und institutionelle Unabhängigkeit
 - III. Effektivität und Effizienz im Verfahren
 - 1. Flächendeckendes Obligatorium
 - 2. Zugang zum Recht durch kostenloses und laienfreundliches Verfahren
 - 3. Verfahrensökonomie durch mehrstufiges Verfahren («Med-Arb»)

- 4. Durchsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit
- 5. Kollektiver Rechtsschutz
- IV. Transparenz
 - 1. Visibilität
 - 2. Rechenschaftspflicht
 - 3. Rechtsfortbildung durch Entscheidungspublikation
- E. Zukunftsmusik: Ein «Multi-Door Courthouse» für Finanzdienstleistungen?

A. Einleitung und Problemstellung

Es entspricht einem tief verwurzelten, rechtspolitischen Anliegen, strukturell bedingte Ungleichgewichte zwischen Streitparteien durch geeignete Massnahmen auszugleichen¹. Gerade im Finanzbereich hat diese Frage

FRANCA CONTRATTO, Dr. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Ambizione-Forscherin des Schweizerischen Nationalfonds, Universität Zürich. Der vorliegende Aufsatz ist Teil eines umfassenderen, vom Schweizerischen Nationalfonds (SNF) unterstützten Forschungsprojekts zu Fragen rund um den Rechtsschutz im Wirtschaftsrecht. Erste Ansätze zur Verbesserung der Streitbeilegung im Finanzsektor hat die Autorin bereits im Rahmen eines Referats anlässlich einer vom Institut für Rechtspraxis der Universität St. Gallen organisierten Tagung «Anlageberatung und Vermögensverwaltung» vom 28.6.2011 in Zürich vorgetragen.

¹ Der Gesetzgeber hat bereits eine Reihe derartiger Schutzmassnahmen zugunsten von Mietern, Arbeitnehmern und Konsumenten implementiert, die i.d.R. mit dem Schlüsselbegriff des «sozialen (Zivil)prozesses» referenziert werden. Das Ziel liegt in der Ausnivellierung von strukturellen Machtasymmetrien zwischen wirtschaftlich und sozial ungleichen Parteien im Zivilprozess. Grundlegend RUDOLF WASSERMANN, Der soziale Zivilprozess, Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat, Berlin 1978.

unlängst an Bedeutung gewonnen: Denn empirische Hinweise zum Umgang mit grossen Schadenfällen wie «Lehman», «Kaupthing» oder «Absolute Return» legen den Schluss nahe, dass Retailkunden im Konfliktfall einem gravierenden *Rechtsschutzdefizit* ausgesetzt sind (hinten B.I.). Das könnte sich allerdings in absehbarer Zukunft ändern: Im Kontext mit der politischen Aufarbeitung der Finanzkrise mehren sich Stimmen aus Wissenschaft, Politik und Verwaltung, welche *regulierende Eingriffe* zur Stärkung der Position von Retailkunden bei Streitigkeiten mit Finanzdienstleistungsunternehmen fordern. Unter anderem hat sich auch die FINMA dieser Problematik angenommen und im «Vertriebsbericht 2010»² die Schaffung einer entscheidungsbefugten, obligatorischen Ombudsstelle vorgeschlagen (hinten B.II.).

Der vorliegende Aufsatz nimmt die aktuelle rechtspolitische Kontroverse zum Anlass, um Überlegungen zur Optimierung von Rechtsschutz, Rechtsdurchsetzung und Rechtfortbildung bei Konflikten zwischen Finanzdienstleistern und Retailkunden (nachfolgend: «*B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten*»³) anzustellen. Angesichts der offenkundigen Schwächen des traditionellen Zivil-

verfahrens (hinten B.I.) werden zunächst Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegung anhand von «Vorbildern» aus ausländischen Jurisdiktionen evaluiert (hinten C.) und schliesslich im Sinne einer Synthese zu einem als *Swiss Finance Dispute Resolution (Swiss FDR)* bezeichneten, neuen Verfahrenstypus weiterentwickelt (hinten D.). Swiss FDR bezweckt die Realisierung zentraler rechtspolitischer Ziele, wie etwa die Verbesserung des Zugangs zum Recht für Retailkunden, die Förderung von Unabhängigkeit und Fairness im Verfahren, die Sicherstellung von Effektivität und Verfahrenseffizienz, aber auch die Verbesserung der Transparenz und die Gewährleistung einer stetigen Fortentwicklung des Rechts. Der vorliegende Aufsatz schliesst mit Überlegungen dazu, ob in Zukunft aus Effizienzgründen sogar die Schaffung eines einheitlichen, für sämtliche Finanzdienstleistungsstreitigkeiten zuständigen «*Multi-Door Courthouse*» für den Finanzplatz Schweiz Sinn machen würde (hinten E.).

B. Regelungsbedarf zur Verbesserung des Rechtsschutzes?

I. Empirische und rechtliche Anhaltspunkte

Die Empirie liefert Anhaltspunkte dafür, dass das *Konfliktpotential* im Finanzdienstleistungssektor und namentlich im Anlagebereich in den vergangenen Jahren massiv zugenommen hat: So meldet etwa der Schweizerische Bankenombudsman wachsende Beschwerdezahlen⁴ und Geschädigten-Selbsthilfeorganisationen⁵ sowie Aktionärsvereinigungen⁶ verzeichnen regen Zulauf. *Klagen* vor

Siehe hierzu auch ALEXANDER BRUNNER, Verfassungsrechtliche und materiellrechtliche Voraussetzungen des Konsumentenverfahrens in der Schweiz im Vertrags- und Wettbewerbsrecht, JKR 1999, 3 ff.; STEPHAN FUHRER, Aktuelle Fragen des Konsumentenschutzes im Versicherungsrecht, HAVE 2002, 1 ff.; DOMINIK GASSER, Aspekte eines sozialen Zivilprozesses, in: M. Jametti Greiner/B. Berger/A. Güngerich (Hrsg.), Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, FS Kellerhals, Bern 2005, 297 ff.; ISAAK MEIER, Streitbeilegung im bilateralen Konsumentenstreit, JKR 1999, 54 ff.; LILI NABHOLZ, Ombudsstellen von Anbieterorganisationen unter besonderer Berücksichtigung der Versicherungsbranche, JKR 1999, 119 ff.

² FINMA, Regulierung von Produktion und Vertrieb von Finanzprodukten an Privatkunden – Stand, Mängel und Handlungsoptionen, Oktober 2010 (nachfolgend: FINMA-VB). Eingehend hierzu SUSAN EMMENEGGER, Verhaltensregeln am Point of Sale: Anlegerschutz an der Schnittstelle zum Kunden, SZW 83 (2011), 278–282; PETER NOBEL/NINA SAUERWEIN, Die verfahrensrechtlichen Aspekte des FINMA-Vertriebsberichts 2010, SZW 83 (2011), 283–292; LUC THÉVENOZ, Une meilleure information des investisseurs privés, SZW 83 (2011), 271–277; URS ZULAUF, Der «FINMA-Vertriebsbericht 2010», SZW 83 (2011), 285–270; OLIVER ZIBUNG, Der Vertriebsbericht der FINMA: Ein nächster Schritt zur Verbesserung des Kundenschutzes sowie zur materiellen Integration der Finanzmarktregulierung?, HAVE 2011, 99 ff.; FRANCA CONTRATTO, FINMA-Vertriebsbericht 2010: Ein Hoffnungsschimmer am Horizont für die Anleger, Jusletter, 2.5.2011, 1–27.

³ Das Akronym «B2C» («Business-to-Customer») steht zur Bezeichnung von (Vertrags)Beziehungen zwischen Unternehmen und Verbrauchern; es wird i.d.R. den sog. «B2B» (Business-to-Business) Transaktionen gegenübergestellt. Der vorliegende Aufsatz ist auf den «B2C»-Bereich fokussiert, da sich hier die Frage nach dem Ausgleich von Machtasymmetrien besonders prononciert stellt.

⁴ Während in den Jahren 2004–2007 jeweils ca. 1'500 Fälle behandelt wurden, gingen ab 2008 jährlich ca. 4'000–5'000 Beschwerden ein (<www.bankenombudsman.ch/de/presse/pressemitteilungen>). Die landläufige Erklärung, wonach dieser Anstieg allein durch die Finanzkrise bedingt sei, greift m.E. zu kurz. Wenngleich es zutrifft, dass Krisen als Katalysatoren von Konflikten wirken, spielt in diesem Kontext aber auch der wachsende Verkaufsdruck in der Finanzbranche und das teilweise aggressive «Anwerben» von Retailkunden ohne einschlägige Kenntnisse und Erfahrungen eine Rolle.

⁵ Für Beispiele siehe <<http://ubs-opfer.ch>> (Opfer von Schweizer Banken), <www.anleger-selbsthilfe.ch> (Lehman- und Kaupthing-Geschädigte), <www.adear.ch> (Absolute Return-Geschädigte) und <<http://anlage-opfer.ch>> (vertrat Lehman-Opfer, ist jedoch nicht mehr aktiv). Der Beitritt zu diesen Organisationen führte i.d.R. zu einer kollektiven Interessenwahrung durch einen gemeinsamen Rechtsvertreter und endete meist in sog. «Massenvergleichen» (hinten FN 19).

⁶ Neben der Anlagestiftung *Ethos*, die jedoch nur institutionelle Investoren vertritt, setzt sich auch die im Jahr 2000 gegründete Aktionärsvereinigung *Actares* (<www.actares.ch>) für Aktionärsinteressen ein; sie hat vor allem mit ihrer Forderung zur Einreichung

Schweizer Zivilgerichten sind allerdings nach wie vor relativ selten geblieben: So hatte das Schweizerische Bundesgericht in den vergangenen 50 Jahren nur gerade eine Handvoll Prospekthaftungsklagen zu beurteilen⁷. Nicht ganz so desolat, aber dennoch ziemlich ernüchternd sieht die Bilanz mit Blick auf aktienrechtliche Verantwortlichkeitsklagen aus, zumal nach Schätzungen rund 40% aller eingereichten Klagen mit einem Vergleich enden⁸. Schadenersatzklagen wegen fehlerhafter Anlageberatung oder Vermögensverwaltung werden im Vergleich dazu zwar etwas häufiger lanciert; doch gerade im Fall «Lehman Brothers» zeigt sich einmal mehr das übliche Muster: Obwohl in der Schweiz Tausende von Retailkunden Verluste erlitten hatten, wurden in der Schweiz – anders als etwa in den USA⁹ oder in Deutschland¹⁰ – kaum Zivilklagen von Retailanlegern wegen Verlusten mit «Lehman-Zertifikaten» publik¹¹.

Wenn man sich allerdings vor Augen führt, wie wenig Anreize die schweizerische Rechtsordnung zur *Schadensliquidation auf dem Zivilweg* vorsieht, dann kann dieses Ergebnis kaum erstaunen: Ein hohes Prozesskostenrisiko, das vielfach in einem eklatanten Missverhältnis zum Streitwert steht¹² und eine oft fast erdrückende Beweislast¹³ lassen geschädigte Anleger häufig in rationaler Apathie¹⁴ verharren. Die seit 1. Januar 2011 geltende Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) hat hiervon kaum Abhilfe geschaffen; im Gegenteil: Die schweizweite Einführung einer allgemeinen Kostenvorschusspflicht (Art. 98 ZPO) hat die Ausgangslage für klagewillige Anleger sogar noch verschärft¹⁵ und auf eine Prozesskos-

von Verantwortlichkeitsklagen gegen ehemalige Organe der UBS AG von sich reden gemacht. Dienstleistungen für geschädigte Aktionäre bietet auch die belgische Unternehmensgruppe *Deminor* (<www.deminor.com>) an.

⁷ Bei einer Abfrage der elektronischen Entscheiddatenbank <www.bger.ch> werden insgesamt acht bundesgerichtliche Urteile zum Stichwort «Prospekthaftung» angezeigt; davon handelt es sich in zwei Fällen jedoch nicht einmal um zivilrechtliche Ansprüche, sondern um eine straf- bzw. eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit.

⁸ SUSANNE KELLER, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – Bedeutung und Entwicklung von zivilrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gegen Verwaltungsräte, Jusletter, 24.10.2011. Nach Untersuchungen der Autorin wurden in den Jahren 2000–2010 durchschnittlich 3–4 Fälle vor Bundesgericht prozessiert, bei den zweitinstanzlichen kantonalen Gerichten bzw. den Handelsgerichten ergab eine Hochrechnung einen jährlichen Durchschnitt von 9–10 Fällen. Für eine ähnliche Einschätzung siehe PETER FORSTMOSER, Stellungnahme zum Transparenzbericht der UBS AG vom 1.10.2010, 12, Fn. 5.

⁹ Wegen unzureichender Aufklärung über das Emittentenrisiko bei kapitalgeschützten Produkten von Lehman Brothers wurde UBS AG im April 2011 vom Schiedsgericht der Financial Industry Regulatory Authority (FINRA; hinten FN 97) zur Leistung einer Bussse von 2.5 USD Mio. und zur Rückerstattung von 8.25 USD Mio. an diverse amerikanische Retailanleger verpflichtet; zudem ist eine Sammelklage vor dem Southern District Court of New York hängig. Zum Ganzen o.V., UBS muss in den USA Bussgeld zahlen, NZZ Online, 12.4.2011; o.V., US-Anleger nehmen UBS ins Visier, NZZ Online, 26.8.2010.

¹⁰ Für eine Übersicht siehe <http://ig-lehman-zertifikateschaden.co.de/urteile.html>. Siehe hierzu auch FELIX PODEWILS/DENNIS REISIG, Haftung für «Schrott»-Zertifikate? Aufklärungs- und Beratungspflichten nach BGB und WpHG, NJW 2009, 116 ff.

¹¹ Am Bezirksgericht Zürich sollen zwar einige Klagen von geschädigten Privatinvestoren gegen Banken anhängig sein – dazu wurden bisher aber keine Einzelheiten bekannt. Aufmerksamkeit hat einzig der Fall des ehemaligen Marathonläufers Hugo Rey aus Bern erlangt: Rey, der seit Ausbruch des Irak-Kriegs keine Anlagen in amerikanische Titel mehr tätigen wollte, hatte u.a. Schadenersatz

wegen Falschberatung geltend gemacht, weil ihm der Kundenberater bei der Empfehlung eines «Lehman-Zertifikats» weisgemacht hatte, bei der Emittentin handle es sich um ein niederländisches Institut. Im August 2010 hat das Handelsgericht Bern Rey's Klage abgewiesen; im Dezember 2011 hat das Bundesgericht diesen Entscheid bestätigt. Zur Prozessgeschichte vgl. <www.bankenarroganz.ch>.

¹² Besonders problematisch ist das Kostenrisiko bei einer aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, weil hier der Gesamtschaden eingeklagt werden muss. Im Fall UBS hat der Bundesrat die mutmasslichen Prozesskosten auf einen «dreistelligen Millionenbetrag» geschätzt (Stellungnahme zum GPK-Bericht i.S. UBS, 13.10.2010, BBl 2011 3459 ff., 3501). Zur Kostenproblematik siehe auch FORSTMOSER (FN 8), 12 ff.; CAROLINE KIRCHSCHLÄGER/VITO ROBERTO, Prozesskosten bei Verantwortlichkeitsklagen, ZSR 2010 I, 607–628.

¹³ Werden Schadenersatzansprüche gestützt auf einen Vermögensverwaltungs- oder Anlageberatungsvertrag geltend gemacht, obliegt dem Kunden der Beweis von Vertragsverletzung und Schaden sowie dem Kausalzusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Schaden. Grundlegend BGE 128 III 271 E. 2; CHRISTOPH P. GUTZWILLER, Der Beweis der Verletzung von Sorgfaltspflichten, insbesondere der Aufklärungspflicht, im Anlagegeschäft der Banken, AJP/PJA 2004, 411 ff. Nicht weniger anspruchsvoll ist die Beweisführung im Bereich der Prospekthaftung, zumal der Investor nachweisen muss, dass der Mangel des Prospekts den eingetretenen Schaden adäquat kausal verursacht hat. Eine Beweiserleichterung auf Basis der sog. «fraud-on-the-market»-Theorie lehnt das BGE nach wie vor ab. Siehe hierzu BGE 132 III 715 ff. (*Miracle Holding*), besprochen durch CATHERINE CHAMMARTIN/HANS CASPAR VON DER CRONE, Kausalität in der Prospekthaftung, SZW 78 (2006) 452 ff.

¹⁴ Grundlegend zur Theorie der rationalen Apathie ANTHONY DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957. Weiterentwicklung durch ANDREI SHLEIFER/ROBERT VISHNY, Large Shareholders and Corporate Control, *The Journal of Political Economy* Vol. 94/3 (1986), 461 ff. (passives Stimmverhalten von Kleinaktionären) und ANNE VAN AAKEN, Shareholder Suits as a Technique of Internalization and Control of Management, *RebelsZ* 68 (2004), 288 ff., 317 (fehlende Klagebereitschaft von Investoren).

¹⁵ A.M. jedoch NOBEL/SAUERWEIN (FN 2), 284 f., mit der Begründung, Art. 98 ZPO sei nur eine Kann-Vorschrift; zudem seien die Gerichtskosten bei niedrigen Streitwerten «durchaus mässig».

tenverteilung nach Billigkeit können klagende Kleinanleger höchstens hoffen, zumal dieser Entscheid vollends richterlichem Ermessen anheimgestellt wurde (Art. 107 Abs. 1 ZPO). Wenig Unterstützung ist zudem von den erst seit Kurzem in der Schweiz ansässigen, *kommerziellen Prozessfinanzierern* zu erwarten¹⁶: Anbieter derartiger Finanzierungen sind noch immer dünn gesät und finanzieren i.d.R. nur Prozesse mit einem Streitwert ab mehreren hunderttausend Schweizer Franken¹⁷.

Da der schweizerische Gesetzgeber bisher keine Veranlassung dazu sah, den *kollektiven Rechtsschutz* zu verbessern¹⁸, erstaunt es kaum, dass Tausende von Schadenersatzforderungen im Zusammenhang mit dem Vertrieb von «Lehman-Zertifikaten» mittels *standardisierter Vergleiche* beigelegt wurden¹⁹. Vieles spricht im Moment

dafür, dass sich dieses weitestgehend informelle und intransparente Streitbeilegungsmuster auch in den sog. «Absolute Return»-Schadenfällen replizieren wird²⁰. Mit Blick auf die *Rechtsfortbildung* hat sich diese Form der Streitbeilegung als wenig konstruktiv erwiesen, zumal zentrale Fragen, wie etwa die Voraussetzungen des Einsatzes von «White Labelling»²¹ oder die korrekte Verwendung von Schlüsselbegriffen wie «Kapitalschutz» oder «Absolute Return» in Werbeunterlagen noch nie autoritativ entschieden wurden. Das Fehlen von Zivilurteilen wiegt umso schwerer, als sich auch die FINMA²² und die Schweizerische Lauterkeitskommission²³ bisher noch nie verbindlich zu diesen Fragen geäußert haben.

Auch in anderer Hinsicht können geschädigte Anleger von der FINMA kaum Schützenhilfe erwarten, wenn es um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen geht²⁴: Zwar ermächtigt Art. 35 FINMAG die *Aufsichtsbehörde* in pathologischen Fällen zur *Einzziehung* von unrechtmässig erlangten Gewinnen; eine Verwendung zur Entschädigung von Investoren ist allerdings nur dann möglich, wenn deren Ansprüche zuvor in einem rechts-

Anhand der bisherigen Gerichtspraxis ist jedoch bereits absehbar, dass die Erhebung von Vorschüssen zur Regel werden wird (aufschlussreich hierzu die Erhebungen des Mieterverbands Zürich im Kontext mit der Volksinitiative «Rechtsschutz für alle. Mietgericht gebührenfrei»; abrufbar unter <www.mieterverband.ch>). Ausserdem sind nicht die Fälle mit niedrigen, sondern jene mit mittleren Streitwerten problematisch, da hohe Kosten anfallen, aber keine gewerbsmässige Prozessfinanzierung möglich ist (hinten FN 17).

¹⁶ Erst seit Ende 2004 herrscht Klarheit darüber, dass in der Schweiz die gewerbsmässige Prozessfinanzierung zulässig ist. Siehe hierzu BGE 131 I 223 ff. (Kassierung von § 41 aAnwG Zürich wegen unverhältnismässigen Eingriffs in die Wirtschaftsfreiheit).

¹⁷ Der bekannteste Anbieter, Allianz ProzessFinanz GmbH, finanziert nur Prozesse mit einem Streitwert ab 300'000 Franken. Als Gegenleistung für die Bevorschussung der Prozesskosten und für die Übernahme des Prozessrisikos erhält Allianz eine Erfolgsbeteiligung von 30% (<www.allianz-profi.ch>). Siehe hierzu RAINER WEY, Kommerzielle Prozessfinanzierung – ein Überblick über Angebot und Rechtsfragen, in: W. Fellmann/S. Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2008, Zürich 2008, 43 ff., 48 Fn. 27.

¹⁸ Auf die Einführung einer Gruppenklage wurde beim Erlass der ZPO ohne vertiefte politische Auseinandersetzung verzichtet. Zur Haltung des Bundesrates: Botschaft ZPO, BBl 2006 7221 ff., 7233, 7290. Auch im Parlament blieb diese Position unbestritten. Siehe hierzu Votum SR FRANZ WICKI (Kommissionspräsident), Erstedebatte im Ständerat vom 14.6.2006, AmtlBull SR 2007 448.

¹⁹ Allein die Credit Suisse hat über 3700 Kunden Rückkaufangebote in der Höhe von 150 Franken Mio. unterbreitet (Pressemitteilung vom 21.4.2009). Die tatsächlichen Verluste waren jedoch um ein Vielfaches höher; gemäss einem unveröffentlichten Bericht der FINMA waren allein bei der Credit Suisse ca. 10'000 Kunden mit einem Verlustvolumen von 1,321 Mia. Franken betroffen. MICHAEL WENZLER, Lehman-Pleite kostete Schweizer Anleger vier Milliarden Franken, Tages Anzeiger (TA) Online, 9.10.2011. Zu den von Schweizer Instituten geleisteten Vergleichszahlungen vgl. NATHALIE GARNY, Lehman-Geschädigte: Welche Verluste werden ersetzt?, Beobachter 21/2008, 14. Mit ihrer Forderung nach der Einsetzung eines Fach-Schiedsgerichts drangen die Lehman-Geschädigten (FN 5) jedoch nicht durch. Vgl. o.V., CS/Lehman-Opfer fordern ein Schiedsgericht – Bank lehnt Vorschlag ab, Handelszeitung Online, 3.3.2009.

²⁰ Allerdings hat die Swatch Group wegen Verlusten mit «Absolute-Return»-Produkten eine Klage gegen die UBS AG beim Zürcher Handelsgericht eingereicht. Vgl. o.V./SDA, Swatch fordert von der UBS 30 Millionen Franken, TA Online, 10.3.2011.

²¹ Darunter versteht man einen marketingtechnischen Kunstgriff, welcher beim Vertrieb von «Lehman-Zertifikaten» eingesetzt wurde: So wurde auf den Verkaufsunterlagen ausschliesslich das Firmenlogo der vertreibenden Bank, nicht aber jenes der Emittentin verwendet, was mit Blick auf das Emittentenrisiko zumindest potentiell irreführend sein kann.

²² Im Untersuchungsverfahren zum Schadenfall «Lehman» bei der Credit Suisse beschränkte sich die FINMA auf die Feststellung, in casu sei das Verhalten der Credit Suisse «aufsichtsrechtlich unbedenklich» gewesen, ohne grundsätzlich zu thematisieren, unter welchen Umständen White Labelling wegen Irreführung zu unterlassen wäre. Siehe hierzu: FINMA, «Madoff-Betrug und Vertrieb von Lehman-Produkten», März 2010, insbes. 4, 21.

²³ Die Lauterkeitskommission (<www.lauterkeit.ch>) ist ein 1966 von der Werbebranche gegründetes Organ der Selbstkontrolle, welches Beschwerden gegen unlautere Werbung beurteilt. Im Schadenfall «Lehman» hat es die Lauterkommission aus formalen Gründen abgelehnt, eine Beschwerde der Anleger-Selbsthilfe (FN 5) zu behandeln, weil der fragliche Prospekt für ein «Lehman-Zertifikat» mehr als ein Jahr vor Beschwerdeeinreichung veröffentlicht worden war. Mit dem Argument, die Werbewirkung dauere noch bis zum Ende der Laufzeit an, drangen die Geschädigten nicht durch. Vgl. ROMEO REGENASS, Wie die Lauterkeitskommission die Credit Suisse im Fall Lehman schützt, TA Online, 19.7.2010.

²⁴ Die FINMA ist zwar Hüterin des Anlegerschutzes ex officio (vgl. Art. 5 FINMAG; SR 956.1). Der Schutz einzelner Anleger oder Bankkunden fällt jedoch nicht in ihren Kompetenzbereich; vielmehr ist die FINMA zur Wahrung des Anlegerschutzes in institutioneller Hinsicht verpflichtet, sei es durch ihre Aufsichtstätigkeit, durch die Vorgabe regulatorischer Standards oder durch gezielte Interventionen in pathologischen Fällen.

kräftigen Urteil gutgeheissen wurden oder wenn ein rechtsgültiger Vergleich vorliegt. Einer Direktzusprache von Entschädigungsleistungen durch die FINMA stehen hingegen verfassungsrechtliche Schranken entgegen²⁵.

Erschwerend kommt hinzu, dass auch das heutige Verfahren vor dem *Schweizerischen Bankenombudsman* eindeutige Schwachstellen aufweist: Der beschränkte Anwendungsbereich, der fehlende Einlassungszwang verbunden mit dem Mangel an Kompetenz zu autoritativer Entscheidung bei Nichteinigung vermögen das Machtgefälle nicht zugunsten geschädigter Kunden ausgleichen; letztere – aber auch der Ombudsman – sind stets dem Goodwill der Bank ausgeliefert. Es erstaunt daher nicht, dass der Bankenombudsman in seiner heutigen Form meist als zahnlos wahrgenommen wird²⁶.

Kaum erfolgversprechend dürfte auch eine Anzeige beim *Standesgericht einer Selbstregulierungsorganisation* (SRO) nach Geldwäscherei- oder Kollektivanlagengesetz sein. Denn Standesgerichte sind keine klassischen Spruchinstanzen, sondern vielmehr Verbandsorgane, deren Entscheidungen und Anordnungen sich auf Streitigkeiten zwischen dem Verband und einzelnen seiner Mitglieder beschränken. Aus diesem Grund wird das Verfahren vor Standesgericht unabhängig von einem allenfalls parallel laufenden Zivilverfahren geführt und der Kunde wird über den Ausgang des Verfahrens nicht orientiert²⁷.

Und schliesslich hat sich auch die *strafprozessuale Adhäsionsklage* nicht als probates Mittel für geschädigte Anleger erwiesen, zumal sich die Strafgerichte bisher kaum je dazu durchringen konnten, Zivilansprüche adhäsionsweise zu beurteilen. Zwar soll die neue Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) nun insofern Besserung bringen, als die Strafgerichte zumindest im Grundsatz²⁸ zur

Beurteilung von hinreichend begründeten und bezifferten Adhäsionsklagen verpflichtet sind (Art. 126 StPO)²⁹. Was vordergründig als opferfreundliche Regelung erscheint, erweist sich jedoch als praxisfremde Illusion, da die überwiegende Mehrheit aller Strafverfahren ohnehin per Strafbefehlsverfahren erledigt wird³⁰. Zudem hat sich das Prozesskostenrisiko des Adhäsionsklägers unter dem neuen Regime von Art. 427 StPO im Vergleich zu den früheren kantonalen Regelungen erheblich vergrössert³¹.

Insgesamt hat die vorstehende Analyse die Vermutung bestätigt, dass bei der Bewältigung von Schadenfällen durch Kleinkunden die Gefahr *akuter Rechtsschutzdefizite* besteht³². Die Frage, ob angesichts dieser Ausgangslage gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, wird allerdings kontrovers beurteilt.

II. Kontroverse Standpunkte aus Wirtschaft, Politik und Verwaltung

1. Die Position der Konsumentenschützer

Aus Sicht der in Konsumentenfragen engagierten Kreise ist das Kräfteungleichgewicht zwischen Finanzdienstleistern und Retailkunden derart gravierend, dass *umfassende Reformen auf Stufe Zivil- und Zivilprozessrecht* unumgänglich sind:

- Die Forderungen gehen zunächst dahin, die Position von Kunden durch *Entschärfung der notorischen Beweisprobleme* zu verbessern. Die Vorschläge reichen von der Pflicht zur Erstellung eines Beratungsproto-

²⁵ Botschaft FINMAG vom 1.2.2006, BBl 2006 2829 ff., 2884; JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/FRANCA CONTRATTO, FINMA – The Authority for Financial Market Supervision in Switzerland, Basel/Genf/München 2009, 155.

²⁶ BRUNO SCHLETTI, Lehman-Affäre: Credit Suisse lässt auch Ombudsmann abblitzen, TA Online, 10.4.2009. Zu den Schwächen des heutigen Systems siehe CONTRATTO (FN 2), N 6 m.w.H.; ARNOLD F. RUSCH, Ein Fall einseitiger Erhöhung von Bankgebühren vor dem Ombudsman, Jusletter, 28.3.2011, N 30 f.

²⁷ Siehe hierzu auch hinten C.II.2, insbes. FN 92.

²⁸ Ist die Beurteilung des Zivilpunkts jedoch «unverhältnismässig aufwendig», steht es im Ermessen des Strafgerichts, nur ein Feststellungsurteil zu erlassen, welches die Haftpflicht des Täters im Grundsatz bestätigt und den Kläger für ein Leistungsurteil ans Zivilgericht zu verweisen (Art. 126 Abs. 3 StPO). Im Einzelnen Botschaft StPO (BBl 2006 1085 ff.), 1171; LORENZ DROESE, Die Zivilklage nach der schweizerischen StPO, in: W. Fellmann/S. Weber (Hrsg.), Haftpflichtprozess 2011, Zürich 2011, 37 ff.

²⁹ Daran werden wohl einige «Lehman-Geschädigte» scheitern, welche sich von der Einreichung einer Strafanzeige wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) gegen die Credit Suisse die adhäsionsweise Zusprache von Schadenersatzzahlungen erhofft hatten. Denn vor Abschluss des «Chapter 11»-Verfahrens lässt sich der Schaden gar nicht klar beziffern.

³⁰ Nach Einschätzung von Prof. MARTIN KILLIAS handelt es sich um 75–90% der Verfahren (zitiert bei: BENNO TUCHSCHMID, Wie der Opferschutz verbessert werden soll, Aargauer Zeitung Online, 26.4.2011). Prof. FRANZ RIKLIN sprach in seiner Abschiedsvorlesung an der Universität Freiburg i.Ue. im Dezember 2007 gar von 95–99% aller Verfahren («Strafprozess quo vadis? Prozesseredigungsstrategien und ihre Tücken», <www.unifr.ch/strr/downloads/Strafprozessrecht/Abschiedsvorlesung_Redetext.pdf>).

³¹ Botschaft StPO (FN 28), 1327.

³² Anschaulich hierzu folgende Aussage des Schweiz. Bankenombudsmans: «[Es] zeigten sich in manchmal erschreckender Weise Schwierigkeiten, bei der Aufarbeitung Recht und Rechtsprechung durchzusetzen und Grundsätzen der Billigkeit zum Durchbruch zu verhelfen. Angesichts dieser Erfahrungen [bin ich der] Meinung, dass Handlungsbedarf besteht.» (in: Stellungnahme FINMA-VB; <www.bankingombudsman.ch/de/ombudsstelle/downloads>, 1).

kolls für Anlagegespräche³³, über eine Aufzeichnungspflicht von Beratungs- und Verkaufsgesprächen «in Bild und Ton»³⁴, über eine Anpassung der Beweislastregeln «zum besseren Schutz von Anlegerinnen und Anlegern»³⁵, bis hin zu einer generellen Beweislastumkehr für den Nachweis der Informations- und Aufklärungspflichten am Point of Sale³⁶.

- Ausgehend von den ernüchternden Erfahrungen mit der Geltendmachung von Streuschäden wird zudem die *Einführung von Instrumenten des kollektiven Rechtsschutzes* gefordert. So hat etwa die Schweizerische Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) im Sommer 2011 eine Petition zur Einführung von «Sammelklagen» lanciert³⁷. Obwohl es sich dabei um eine äusserst polarisierende Massnahme handelt³⁸, wird diese Stossrichtung längst nicht mehr nur von Konsumentenschützern vertreten; inzwischen unterstützen auch diverse Stimmen aus Wissenschaft und Politik eine Reform zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes in der Schweiz³⁹. Der Bundesrat seinerseits

hat immerhin angekündigt, dass er diese Frage vertieft prüfen werde⁴⁰.

- Schliesslich gibt es Forderungen nach einem auf Anlegerklagen spezialisierten *Fachgericht*: So hat etwa die Aktionärsvereinigung Actares in einem offenen Brief an Bundesrätin Simonetta Sommaruga die Schaffung eines Fachgerichts zur Beurteilung von Streitfällen zwischen den Organen von Publikumsgesellschaften und ihrem Aktionariat gefordert⁴¹. Die SKS ihrerseits möchte Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und ihren Kunden bis zu einem Streitwert von 50'000 Franken durch einen «Einzelrichter» bzw. von einer «Ombudsstelle mit richterlicher Kompetenz» beurteilen lassen, wobei eine strikte Branchenunabhängigkeit in personeller und finanzieller Hinsicht sichergestellt werden solle; Verfahrenskosten für Einzelkläger müssten zudem so begrenzt werden, dass diese keine prohibitive Wirkung entfalten würden⁴².

Der Kreis der Fürsprecher für eine derartige Fundamentaltreform scheint sich zwar immer mehr auszuweiten. Gerade die Forderung nach einer Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes durch die Einführung sammelklageähnlicher Verfahren dürfte jedoch zweifellos für Kontroversen sorgen. Ob sich für die vorgeschlagenen Massnahmen politische Mehrheiten im Parlament finden lassen, ist deshalb fraglich.

2. Die Position der FINMA

Eine etwas moderatere Position nimmt die FINMA ein, indem sie einen Regulierungsbedarf zum Ausgleich des «strukturellen Kräfteungleichgewichts» zwischen Finanzdienstleistern und Retailkunden im Grundsatz zwar anerkennt⁴³, sich aber auf die Propagierung folgender, *aufsichtsrechtlicher Massnahmen* beschränkt⁴⁴:

³³ Motion Nr. 10.3397 NR SUSANNE LEUTENEGER OBERHOLZER, Schutz für Kleinanlegerinnen und -anleger, 9.6.2010; Motion Nr. 11.3716 NR PRISCA BIRRER-HEIMO, Einführung eines wirksamen Anlegerschutzes, 17.6.2011).

³⁴ Stiftung für Konsumentenschutz (SKS), Stellungnahme FINMA-VB, 23.3.2011, 5 Ziff. 3.3. Siehe hierzu auch SKS-Petition zur Verbesserung des Anlegerschutzes vom März 2011 (<<http://konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen>>).

³⁵ Motion Nr. 103304 NR PIRMIN BISCHOF, Anlegerschutz verbessern. Lehren aus Lehman, Madoff & Co. ziehen, 19.3.2010.

³⁶ Stellungnahme SKS (FN 34), 5 Ziff. 4.1. Vgl. hierzu auch SKS-Petition März 2011 (FN 34).

³⁷ Siehe <<http://konsumentenschutz.ch/petitionen/sammelklage>>. Vgl. auch Stellungnahme SKS (FN 34), 5 Ziff. 4.1.

³⁸ Anschaulich DANIEL FISCHER/ÉRIC STUPP, Die Sammelklage muss entpolitisiert werden, Streitgespräch, Plädoyer 5/2010, 8–11.

³⁹ Für politische Vorstösse vgl. Einfache Anfrage Nr. 10.551 NR PIRMIN BISCHOF, Sammelklagen auch in der Schweiz?, 6.12.2010; Motion Nr. 11.3977 NR PRISCA BIRRER-HEIMO, Erleichterung der Rechtsdurchsetzung in kollektiven Verfahren, 30.9.2011. Illustrativ sind in diesem Kontext etwa auch die Aussagen des früheren WEKO-Präsidenten WALTER STOFFEL: «Ich wäre für die Einführung von Gruppenklagen», TA Online, 9.3.2009, 21, und des ehemaligen Bundesrichters ALFRED BÜHLER: «Es fehlt ein Instrument für den kollektiven Rechtsschutz», NZZ Online, 9.6.2010. Für Voten in wissenschaftlichen Publikationen siehe etwa: ALEXANDER BRUNNER, Zur Verbands- und Sammelklage in der Schweiz, in: H.U. Walder-Richli (Hrsg.), Rechtsschutz im Privatrecht, FS Richard Frank, Zürich 2003, 37 ff.; LUCY GORDON-VRBA Kollektive Durchsetzung gleichartiger, individueller Kompensationsansprüche unter dem Aspekt der prozessualen Effizienz und Fairness, Diss. Zürich 2007, 229 ff.; LEANDRO PERUCCHI, Class Actions für die Schweiz, AJP/PJA 4/2011, 489 ff.; FRANCA CONTRATTO, Access to Justice in the Wake of the Financial Crisis: Test Cases as a Panacea?, SZW 81 (2009), 176 ff.

⁴⁰ Vgl. hierzu die Aussage des Bundesrates in seiner Stellungnahme zum GPK-Bericht i.S. UBS (FN 12, 5303) wonach zu prüfen sei, «ob für den Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit nicht doch prozessuale Instrumente der kollektiven Interessenwahrung vorgesehen werden sollten». BR SIMONETTA SOMMARUGA hat diese Aussage in einer Fragestunde des Nationalrates am 6.12.2010 dahingehend präzisiert, dass der Bundesrat «die Frage nicht nur im Aktienrecht prüfen» wolle (AmtlBull NR 2010, 1826).

⁴¹ Actares (FN 6), «Plädoyer für einen Aktienrechts-Gerichtshof», 10.8.2011 (<www.actares.ch/downloads>). In eine ähnliche Richtung geht ein an BR Simonetta Sommaruga gerichteter, offener Brief von HANS-JACOB HEITZ, welcher ein «Fachgericht für Klagen von (Klein-) Anlegern, aber auch (Klein-) Kunden gegen Banken» fordert (<www.verteidiger.ch/anlegerschutz.html>).

⁴² Stellungnahme SKS (FN 34), 6 Ziff. 4.2.

⁴³ FINMA-VB (FN 2), 3, 26 ff., 58 ff.; ZULAUF (FN 2), 266.

⁴⁴ Im FINMA-VB (FN 2), 58 ff., hat die FINMA zwar auch zivilrechtliche und zivilprozessuale Ansätze zur erleichterten Durchsetzung

- Da bisher nur die Banken und die Versicherungsunternehmen über Ombudsstellen verfügen⁴⁵, soll *eine flächendeckend zuständige, obligatorische Ombudsstelle* für Finanzdienstleistungsstreitigkeiten geschaffen werden⁴⁶. Um das notorische Machtgefälle zwischen Kleinkunden und Finanzinstituten auszunivellieren, soll diese nicht mehr nur schlichtend tätig sein, sondern als Spruchbehörde mit der Kompetenz zum Erlass autoritativer Entscheide ausgestaltet werden⁴⁷. Hinsichtlich der Bindungswirkung dieser Entscheidungen legt sich die FINMA noch nicht fest; sie erwägt jedoch die Einführung eines dem britischen Financial Ombudsman Service nachempfundenen Verfahrens, in welchem die Entscheide einseitige Verbindlichkeit für die Anbieter von Finanzdienstleistungen, nicht aber für die Kunden entfalten⁴⁸.
- Die FINMA regt zudem an, die Möglichkeit der *kollektiven Streiterledigung* von «gleichgelagerten Fällen, welche eine Vielzahl von Privatkunden in ähnlicher Weise betreffen» zu prüfen. Die Umsetzung soll jedoch nicht auf Ebene des klassischen Zivilprozesses erfolgen; vielmehr will die FINMA eine kollektive Streiterledigung im Verfahren vor der Ombudsstelle ins Auge fassen⁴⁹.
- Schliesslich sollen die Finanzinstitute aus Gründen der Verfahrensökonomie zur Schaffung interner Prozesse zur Behandlung von Kundenbeschwerden verpflichtet werden⁵⁰.

Zur Umsetzung dieser Vorschläge propagiert die FINMA den Erlass eines umfassenden *Finanzdienstleistungsgesetzes*⁵¹.

3. Die Position der Finanzindustrie

Ganz anders schätzt die Finanzindustrie – sekundiert durch einschlägige Verbände und Interessenvertreter – die heutige Ausgangslage ein: In tatsächlicher Hinsicht wird bestritten, dass zwischen Finanzdienstleistern und Kleinkunden ein strukturelles Kräfteungleichgewicht bestehe; wenn überhaupt, dann handle es sich höchstens um punktuelle Situationen, die es im Einzelfall zu korrigieren gelte⁵². In rechtlicher Hinsicht vertritt die Industrie die Auffassung, dass aus folgenden Gründen kein Regelungsbedarf zur erleichterten Durchsetzung von Kundenansprüchen bestehe:

- Die Schweizerische ZPO enthalte bereits eine Reihe von Normen, welche die Stärkung der sozial schwächeren Partei, eine Vereinfachung des Verfahrens oder eine Verbesserung der Verfahrensökonomie bezweckten; es sei daher sinnvoller, diesen Instituten «eine Chance der Bewährung in der Praxis» zu gewähren, bevor man neue gesetzgeberische Massnahmen zum Schutz von Kleinanlegern ins Auge fasse⁵³.
- In eine ähnliche Richtung gehen Äusserungen, wonach die heute bestehenden Ombudsstellen bzw. die Standesgerichte der SROs dem Bedürfnis nach einer raschen und kostengünstigen Erledigung von Kundenbeschwerden bereits vollumfänglich nachkämen; wo eine Selbstregulierungslösung einwandfrei funktioniere, habe sich der Gesetzgeber jeglicher Intervention zu enthalten⁵⁴.
- Unter Verweis auf die Spontanbildung von Geschäftigenorganisationen im Schadenfall «Lehman»⁵⁵ wird schliesslich etwa betont, die Praxis selbst habe

von Kundenansprüchen erwähnt, diese vorerst aber nicht weiter verfolgt.

⁴⁵ Mehr hierzu hinten FN 84.

⁴⁶ FINMA-VB (FN 2), 43 ff., 62 f., 68. Nicht klar geäussert hat sich die FINMA dazu, ob die Zuständigkeit der Ombudsstelle nur auf prudentiell beaufsichtigte Institute beschränkt wäre. Zum Geltungsbereich siehe hinten D.III.1.

⁴⁷ FINMA-VB (FN 2), 43, 62.

⁴⁸ Der Financial Ombudsman Service (FOS; <www.financial-ombudsman.org.uk>) wurde im Februar 1999 durch die Financial Services Authority (FSA) errichtet (zu den gesetzlichen Grundlagen, hinten FN 110). Dadurch wurden sieben vorbestehende Finanz-Ombudsstellen institutionell vereinigt. Der FOS ist in Form einer Limited Company strukturiert und beschäftigt mehrere hundert Mitarbeitende, darunter vier Lead Ombudspersonen und mehr als 60 weitere Ombudspersonen. Pro Jahr werden ca. 150'000 Fälle bearbeitet. Siehe hierzu hinten FN 116 sowie FSA Consultation Paper, Consumer Complaints and the New Single Ombudsman Scheme, No. 33, 1999 (CP 33; <www.fsa.gov.uk/pubs/cp/cp33.pdf>).

⁴⁹ FINMA-VB (FN 2), 43, 63.

⁵⁰ FINMA-VB (FN 2), 43.

⁵¹ FINMA-VB (FN 2), 7, 67 ff.; ZULAUF (FN 2), 269.

⁵² Schweiz. Bankiervereinigung (SBVg), Stellungnahme FINMA-VB, 26.4.2011 (<www.swissbanking.org/20110427-3200-ver-stellungnahme_finma_vertriebsbericht_v4_def_elektronisch-cwi.pdf>), 2 Ziff. I; economiesuisse, Stellungnahme FINMA-VB, 9.5.2011 (<www.economiesuisse.ch/de/PDF%20Download%20Files/Stellungnahme_FINMA_20110510.pdf>), 5 Ziff. 5.

⁵³ NOBEL/SAUERWEIN (FN 2), 284, 287, 292. Konkret erwähnt werden die Mediation, die Entscheid- bzw. Urteilsvorschlagskompetenz der Schlichtungsstellen, das vereinfachte Verfahren sowie die kollektive Streiterledigung durch einfache Streitgenossenschaft, Klagehäufung und Klagevereinigung. Für eine kritische Stellungnahme siehe hinten B.III.1.b.

⁵⁴ SBVg (FN 52), 7 Ziff. IV; economiesuisse (FN 52), 4 Ziff. 4.8. Schweiz. Versicherungsverband (SVV), Stellungnahme FINMA-VB, 9.5.2011 (<www.svv.ch/sites/default/files/document/file/svv_finma-vertriebsbericht-2010_20110509.pdf>), 7 Ziff. 2.2; Verband Schweiz. Vermögensverwalter (VSV), Stellungnahme FINMA-VB, 11.4.2011 (<http://vsv.inettools.ch/upload/dokumente/Vernehmlassungsantwort_VB_FINMA_II.pdf>), 10 N 43 ff.

⁵⁵ Siehe hierzu vorn FN 5.

eine Vielfalt von innovativen ad hoc-Lösungen zur Streitbeilegung zwischen Finanzinstituten und Kunden herausgebildet; ganz abgesehen davon verfüge die Schweiz über ein Rechtssystem, in welchem der Zugang zum Recht für alle gewährleistet sei und welches sich durch qualitativ hochstehende Gerichte auszeichne⁵⁶.

Während die Finanzindustrie in ihrer Mehrheit ein *Festhalten am Status Quo* propagiert, werden vereinzelt auch moderatere Positionen vertreten: So sind gewisse Kreise dem von der FINMA propagierten Ombudsstellen-Obligatorium nicht grundsätzlich abgeneigt⁵⁷; andere Stimmen können sich immerhin die Schaffung eines bei der FINMA anzusiedelnden Schiedsgerichts nach dem Vorbild der US-amerikanischen FINRA vorstellen⁵⁸.

III. Zwischenfazit

1. Schwachstellen der bisher propagierten Handlungsoptionen

a. Fundamentalreform von Zivil- und Zivilprozessrecht als Herkulesaufgabe

Die Realisierung der von Konsumentenschutzkreisen propagierten Fundamentalreform (vorn B.II.1.) würde den Gesetzgeber vor eine eigentliche *Herkulesaufgabe* stellen, und zwar besonders dann, wenn nicht nur ein auf Finanzdienstleistungsstreitigkeiten massgeschneidertes Spezialverfahren entwickelt, sondern eine auf sämtliche Kollektivansprüche anwendbare, «klassische Sammelklage» in der Schweizerischen ZPO verankert werden soll. Ein derartiger Paradigmenwechsel liesse sich wohl kaum innert absehbarer Zeit vollziehen.

Etwas weniger umstritten dürften die Forderungen nach Beweiserleichterungen sein. Ob in diesem Kontext effektiv Handlungsbedarf besteht, ist jedoch fraglich, da das Bundesgericht bei der Verletzung von Aufklärungs-

pflichten bereits heute Beweiserleichterungen in Form von Kausalitätsvermutungen gestützt auf die allgemeine Lebenserfahrung zulässt⁵⁹. Ausserdem birgt eine starre Beweislastumkehr, wie sie etwa der BGH in Deutschland vertritt⁶⁰, ein gewisses *Missbrauchspotential* in sich⁶¹. Im Sinne eines Kompromisses allenfalls vertretbar wäre eine gesetzlich verankerte, aber richterlicher Ermessenskontrolle unterstellte Beweislastumkehr nach dem Vorbild von Art. 13a UWG⁶².

b. Festhalten am Status Quo als unreflektierte Verdrängungstaktik

Die von der Industrie vertretene Position des blossen Festhaltens am Status Quo (vorn B.II.3.) verkennt, dass sich die bestehenden Rechtsschutzdefizite⁶³ für Retailkunden allein mit dem heute zur Verfügung stehenden Instrumentarium nicht eindämmen lassen:

- Die *ad hoc-Lösungen* zur Beilegung von Streuschäden, wie sie etwa im Fall «Lehman Brothers» zur Anwendung kamen, bieten keine Garantie für eine angemessene Durchsetzung von Kundenansprüchen. Zudem wird dem Transparenzanspruch des Publikums durch derartige «Massenvergleiche» nicht Genüge getan⁶⁴.

⁵⁶ ROMEO CERUTTI, Möglichkeiten zur Konfliktbereinigung zwischen Banken und Kundengruppen in vergleichbaren Fällen, Vermögensverwaltung IV, Europa Institut Zürich, 30.11.2010 (unveröffentlichte Folien-Sammlung), insbes. Folie 5.

⁵⁷ Swiss Funds Association (SFA), Stellungnahme FINMA-VB, 2.5.2011, 4 (<<https://www.sfa.ch/publications/initiatives-statements-position-papers>>); Schweiz. Verband für strukturierte Produkte (SVSP), Stellungnahme FINMA-VB, 2.5.2011, 12 (<www.svsp-verband.ch/download/news_content/623_svsp_vernehmlassung_finma_vertriebsbericht_2010.pdf>).

⁵⁸ So schlagen etwa NOBEL/SAUERWEIN (FN 2), 291 f., die Schaffung eines «schnelle[n], kostengünstige[n] und kleinivestorenfreundliche[n] Schiedsgericht[s] bei der FINMA» vor. Zum Schiedsgericht der FINRA siehe hinten C.II.2., FN 97.

⁵⁹ Anschaulich BGE 124 III 155 ff. («Terminoptionen»), 165 f., E. 3.d): «Es geht um einen hypothetischen Kausalverlauf, für den [...] nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine überwiegende Wahrscheinlichkeit sprechen muss [...]. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben, da nach allgemeiner Lebenserfahrung anzunehmen ist, dass sich der Kläger nicht auf Spekulationsgeschäfte mit der Beklagten eingelassen hätte, wenn er von ihr ausreichend aufgeklärt worden wäre». Siehe weiter BGE 119 II 456 ff. («Magenband»); BGE 120 II 331 ff. («Swissair»). Zum Ganzen SANDRO ABEGGLEN, Die Aufklärungspflichten in Dienstleistungsbeziehungen, insbesondere im Bankgeschäft, Diss. Bern 1995, 110 ff.

⁶⁰ So unlängst BGH-Beschluss vom 19.7.2011, XI ZR 191/10; Ziff. 7, 33 f. (unterlassene Offenlegung von Retrozessionen).

⁶¹ So besteht etwa bei negativer Börsenentwicklung ein falscher Anreiz dafür, eine unterbliebene Aufklärung als «Vorwand» zu nutzen, um verlustreiche Anlagegeschäfte rückabzuwickeln und so das Investitionsrisiko auf die Bank zu überwälzen. Kritisch CLAUS-WILHELM CANARIS, Die Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens und ihre Grundlagen, in: F. Häuser/H. Hammen/J. Hennrichs (Hrsg.), FS Walther Hadding, Berlin 2004, 3 ff., 19; DIETER MEDICUS, Aufklärungsrichtiges Verhalten, in: J. Wilhelm/R. Richardi/T. Lobinger (Hrsg.), FS Eduard Picker, Tübingen 2010, 619 ff., 626.

⁶² Danach kann «[d]er Richter [...] vom Werbenden den Beweis für die Richtigkeit von in der Werbung enthaltenen Tatsachenbehauptungen verlangen, wenn dies unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen des Werbenden und anderer am Verfahren beteiligter Personen im Einzelfall angemessen erscheint».

⁶³ Zum Rechtsschutzdefizit siehe vorn B.II., insbes. FN 32, sowie PERUCCHI (FN 39), 489, 500.

⁶⁴ Siehe hierzu vorn B.I., insbes. FN 19.

- Die Schwächen der herkömmlichen *Branchen-Ombudsstellen* sind notorisch⁶⁵.
- In der *Mediation* (Art. 213 ff. ZPO) sind Kunden noch schlechter gestellt als im Verfahren vor dem Schweizerischen Bankenombudsman, zumal kein Einlassungszwang besteht, der Mediator nicht befugt ist, den Parteien einen Schlichtungsvorschlag zu unterbreiten und weil die Kosten des Mediationsverfahrens überdies von den Parteien zu tragen sind (Art. 218 ZPO).
- Auch die *Entscheid- bzw. Urteilsvorschlagskompetenz* der Schlichtungsstellen (Art. 210 ff. ZPO) trägt kaum zur Verbesserung der Stellung von Kunden bei. Denn es liegt im alleinigen Ermessen einer Schlichtungsstelle, ob sie von diesen Kompetenzen überhaupt Gebrauch machen will; angesichts der Komplexität von Finanzdienstleistungsstreitigkeiten dürfte dies nur in den seltensten Fällen vorkommen. Ausserdem ist die Spruchkompetenz auf 5'000 Franken (Urteilsvorschlag) bzw. 2'000 Franken (Entscheid) begrenzt.
- Von dem als besonders «laienfreundlich» gelobten, *vereinfachten Verfahren* (Art. 243 ff. ZPO) können all jene Geschädigten a priori nicht profitieren, welche Ansprüche gestützt auf Bestimmungen des BEHG und des KAG geltend machen. Art. 5 Abs. 1 lit. h ZPO sieht für diese Streitigkeiten nämlich eine einzige kantonale Instanz vor und Art. 243 Abs. 3 ZPO schliesst in diesem Fall eine Anwendung des vereinfachten Verfahrens explizit aus.
- Die kollektive Streiterledigung durch eine *einfache Streitgenossenschaft* hat sich in der Praxis nicht bewährt. Die Koordination der klägerischen Vorbringen und Beweisanträge macht das Verfahren zeitaufwändig und die solidarische Haftung für die gesamten Verfahrenskosten – unbeschten der individuell geltend gemachten Klagesumme – schreckt potentielle Geschädigte mit kleinen Forderungen ab⁶⁶.

Die Schwäche der von der Finanzindustrie vertretenen Position liegt darin, dass sie sich auf «*stone walling*» beschränkt, anstatt sich mit konstruktiven Vorschlägen zur Verbesserung des Rechtsschutzes für Retailkunden in die Diskussion einzubringen.

c. Stärkung des Ombudswesens als unkonturierter Ansatz

Wenngleich der Vorschlag der FINMA zur Schaffung einer obligatorischen Ombudsstelle für Finanzdienst-

leistungsstreitigkeiten (vorn B.II.2.) im Ansatz erfolgversprechend erscheint, so sind doch auch hier gewisse Schwierigkeiten nicht von der Hand zu weisen: Die Einräumung von Spruchkompetenz würde wohl eine Formalisierung des Verfahrens und Konformität mit verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien erfordern (hinten D.II.2., D.III.3.c). Diese Anforderungen stehen jedoch in einem *Spannungsverhältnis* mit genuinen Vorteilen des Ombudswesens – man denke etwa an dessen *Raschheit, Informalität und Flexibilität* –, die es eigentlich zu bewahren gälte⁶⁷. Ausserdem ist nicht auszuschliessen, dass die Parteien im Wissen um die Doppelrolle von vermittelndem Mediator und autoritativ entscheidendem Richter im Verfahren weniger frei kommunizieren und damit auch seltener Hand zu einem Vergleich bieten⁶⁸. Dazu, wie diese Zielkonflikte sinnvoll aufzulösen wären, hat sich die FINMA bisher noch nicht geäussert.

2. Grösster gemeinsamer Nenner: alternative Konfliktlösungsmechanismen

Die von Konsumentenschützern, Finanzindustrie und Aufsichtsbehörde vertretenen Positionen mögen in ihrer Ausrichtung zwar voneinander divergieren; dennoch lässt sich so etwas wie ein grösster gemeinsamer Nenner ausmachen: Angesichts der offenkundigen Defizite des traditionellen Gerichtsverfahrens punkto Kosten, Dauer und Formalitäten, scheinen alle Interessengruppen das Bedürfnis nach *alternativen Konfliktlösungsmodellen* für Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und Retailkunden im Grundsatz anzuerkennen⁶⁹. Vor diesem Hintergrund erscheint es erfolgversprechend, den von mehreren Seiten eingebrachten Vorschlag zur Schaffung einer neuen, auf «B2C»-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten *spezialisierten Spruchinstanz* weiterzuverfolgen. Es bietet sich in diesem Kontext ein Blick über die Landesgrenzen an, weil in diversen ausländischen Jurisdiktionen bereits heute alternative Streitbeilegungsmechanismen⁷⁰ zur Konfliktbewältigung im Finanzsektor eingesetzt werden.

⁶⁵ Siehe hierzu vorn B.I., insbes. FN 26.

⁶⁶ Eingehend GORDON-VRBA (FN 39), 225 f.

⁶⁷ SBVg (FN 52), 7, Ziff. I; economiesuisse (FN 52), 4 Ziff. 4.8; VSV (FN 54), 10 N 45 f. Der Bankenombudsman (FN 32), 7 ff., gibt zu bedenken, dass sich aus einer Formalisierung des Verfahrens möglicherweise ein Vertretungszwang für Kunden ergeben würde. Zudem müsste der Ombudsman in Zukunft nebst bankpraktischer Erfahrung auch über fundierte rechtliche Kenntnisse verfügen.

⁶⁸ VSV (FN 54), 10 N 46; SVV (FN 54), 6 f. Ziff. 2.2; economiesuisse (FN 52), 4 Ziff. 4.8; Bankenombudsman (FN 32), 10.

⁶⁹ Siehe hierzu vorn FN 41 und FN 42 (Konsumentenschutzkreise); FN 57 und FN 58 (Finanzindustrie und industriennahe Kreise) sowie B.II.3 (Aufsichtsbehörde).

⁷⁰ Zum Begriff der alternativen Streitbeilegung siehe hinten FN 77.

C. Alternative Streitbeilegung (ADR) im Finanzsektor

I. Entwicklungslinien von 1970 bis 2011

Schon seit längerem ist anerkannt, dass traditionelle Gerichtsverfahren in Konfliktsituationen mit asymmetrischer Machtstruktur, wie sie bei «B2C»-Streitigkeiten typischerweise vorliegen, nicht zu angemessenen Lösungen führen⁷¹. Deshalb wurden bereits anfangs der 1970er-Jahre alternative Wege zur Beilegung von Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und Retailkunden beschritten: Inspiriert durch die ursprünglich zum Schutz von Bürgerrechten geschaffene, staatsrechtliche Institution des *Ombudsman*⁷² gingen *Verbände der Bank- und Versicherungsbranche*⁷³ dazu über, Ombudsstellen zur raschen und kostengünstigen Behandlung von Kundenbeschwerden zu errichten⁷⁴. Im Gegenzug versprach man sich davon positive Auswirkungen auf die Kundenzufriedenheit und ein gesteigertes Vertrauen in die Integrität des Finanzdienstleistungssektors⁷⁵.

Ein wachsendes Bewusstsein für zentrale Anliegen des Konsumentenschutzes, wie etwa die Verbesserung des Zugangs zum Recht oder die Notwendigkeit zum

Ausgleich notorischer Machtungleichgewichte, aber auch Bestrebungen zur Erhöhung der Verfahrensökonomie und zur Entlastung des staatlichen Justizapparates haben während der vergangenen Dekade zu einer eigentlichen *Evolution alternativer Streitbeilegungsmechanismen* im Finanzbereich geführt⁷⁶: Während in einigen Jurisdiktionen obligatorische ADR⁷⁷-Systeme auf gesetzlicher Grundlage an die Stelle freiwillig errichteter Branchen-Ombudsstellen getreten sind, haben andere Staaten immerhin gesetzliche Rahmenbedingungen für den Betrieb privater Streitbeilegungsmechanismen erlassen. Eine weitere Entwicklungslinie geht dahin, Verfahren vorzusehen, in welchen Streitigkeiten nicht mehr nur einvernehmlich bereinigt, sondern auch durch bindende Entscheide beigelegt werden können; oftmals sind dabei Schlichtung und autoritative Entscheidung im Rahmen sog. hybrider Verfahren verbunden (hinten C.II.)⁷⁸.

Alternative Konfliktlösungsmodelle für «B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten» sind mittlerweile *weltweit verbreitet*: Im International Network of Financial Services Ombudsman Schemes (INFO) sind aktuell 49 Mitglieder aus 31 Staaten vertreten; in Europa zählt FIN-NET, ein von der EU-Kommission im Jahr 2001 gegründetes Netzwerk, derzeit 50 ADR-Systeme aus 22 EU- bzw. EWR-Staaten⁷⁹. Dabei gilt es jedoch zu be-

⁷¹ Zu den «konfliktsoziologischen Ursachen» für das Bedürfnis nach alternativen Streitbeilegungsmechanismen siehe etwa HANS HARALD OTTO GUDE, Der Ombudsmann der privaten Banken in Deutschland, Grossbritannien und der Schweiz, Diss. Bonn 1998, 10 ff. m.w.H.; VALERIE MEYER, Court-connected Alternative Dispute Resolution, Diss. Luzern 2005, 37 ff.

⁷² Etymologisch geht der Begriff «Ombudsman» geht auf das altnordische «*umbod*» zurück, was so viel wie «Vollmacht» bzw. «Treuhand/Treuhänder» bedeutet. Institutionell reichen die Wurzeln des Ombudswesens bis ins Jahr 1809 zurück, als der *Justitieombudsman* durch den schwedische Reichstag ins Leben gerufen wurde; der Justitieombudsman amtierte in der Folge als Parlamentsbeauftragter mit Kontrollbefugnissen gegenüber Justiz und Verwaltung, um Bürger vor missbräuchlichen Eingriffen in Grundrechte zu schützen. Noch heute spielen Ombudsstellen im öffentlichen Sektor eine bedeutende Rolle. Eingehend GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER (Hrsg.), Europäische Ombudsman-Institutionen, Wien 2008, 1 ff. m.w.H.

⁷³ Eine eigentliche Pionierrolle in Europa kommt dabei dem 1972 gegründeten Schweizerischen Ombudsman der Privatassekuranz (hinten FN 84) zu; 1981 folgte das Insurance Ombudsman Bureau in England. Heute hat sich das Ombudswesen in diversen Sektoren etabliert; siehe hierzu <www.konsum.admin.ch/themen/00113/index.html>. Für eine Evaluation vgl. MEIER (FN 1), 33 ff.

⁷⁴ GUDE (FN 71), 6 ff.; RHODA JAMES, Private Ombudsmen and Public Law, Ashgate 1997, 1 ff.; RAFEL RIBÓ, The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector, International Ombudsman Institute Konferenz, Stockholm 2009 (<www.theioi.com/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>), 3 ff.

⁷⁵ GUDE (FN 71), 14 ff. sowie 23, spricht gar von einem «Marketing-Instrument», welches der «Imageverbesserung» diene.

⁷⁶ THOMAS VON HIPPEL, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, Diss. Göttingen 2000, 193 ff.; JENS M. SCHERPE, Aussergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen, Diss. Hamburg 2001/2002, Tübingen 2002, 5 ff. m.w.H.; MEYER (FN 71), 47 ff.; JAMES (FN 74), 2 ff. An der Entlastungsfunktion zweifelnd GUDE (FN 71), 243; VON HIPPEL (FN 76), 196 f.

⁷⁷ Kurzform für «Alternative Dispute Resolution». Man versteht darunter sämtliche Formen der Konfliktbewältigung, welche sich ausserhalb der Strukturen der staatlichen Gerichtsbarkeit abspielen. Anders als in den USA ist in Europa noch immer umstritten, ob auch die Schiedsgerichtsbarkeit unter die ADR-Verfahren zu subsumieren ist. Zur Vermeidung von Abgrenzungsproblemen bei hybriden Verfahren, die Elemente von Schiedsverfahren mit der Mediation verbinden, wird vorliegend auf das weite, anglo-amerikanische Begriffsverständnis von ADR abgestellt. Siehe hierzu auch JÜRG SCHÜTZ, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Bern 2009, 16, N 44 ff.; DESIRÉE CIMMINO, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten, Diss. Regensburg 2007, 16 ff.

⁷⁸ Für einen Überblick vgl. EILIS FERRAN, Dispute Resolution Mechanisms in the UK Financial Sector, Working Paper, Januar 2002 (<http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=298176>), 10 ff.; MIRELLA PELLEGRINI, Alternative Resolution Techniques in Banking Disputes, 2010 European Business Law Review, 43 ff.; DANIEL SCHWARCZ, Redesigning Consumer Dispute Resolution: A Case Study of the British and American Approaches to Insurance Claims Conflict, Tulane Law Review Vol. 83, 735 ff., 742 f.

⁷⁹ Vgl. <www.networkfso.org> bzw. <http://ec.europa.eu/internal_market/fin-net/index_de.htm>. Bevor eine FIN-NET Mitglied-

achten, dass die Unterschiede zwischen den verschiedenen Streitbeilegungssystemen namentlich mit Blick auf deren institutionelle Ausgestaltung, die Kompetenzen und die Verfahrensmodalitäten nach wie vor erheblich sind. Die nachfolgende Typologie vermittelt einen Überblick über die verschiedenen Formen von alternativen Streitbeilegungsmechanismen im Finanzdienstleistungssektor.

II. Typologie von Streitbeilegungsmechanismen

1. Klassische Ombudsstellen: reine Schlichtung

In seiner Reinform ist der Ombudsman ein dem Mediator bzw. dem Schlichter⁸⁰ verwandter, unabhängiger Dritter, welcher die Parteien zu einer *einvernehmlichen Lösung* zu bewegen sucht, jedoch nicht befugt ist, den Streit durch autoritative Entscheidung beizulegen⁸¹. Das Verfahren ist meist formlos und hat keine Ausschlusswirkung; in derselben Streitsache kann somit später noch ein staatliches Gericht angerufen werden⁸².

Klassische Ombudsstellen sind i.d.R. nicht-staatliche, *freiwillige Streitbeilegungssysteme*, welche von Branchenverbänden der Finanzindustrie errichtet und entsprechend alimentiert werden⁸³. Beispiele hierfür gibt es weltweit; in der Schweiz kennen wir diese «freiwilligen Ombudsstellen» in Gestalt des Bankenombudsmans, der Ombudsstelle der Postfinance oder des Ombudsmanns der Privatversicherungen und der SUVA⁸⁴. Diese Form

schaft erteilt wird, muss die Regierung des betreffenden Mitgliedsstaates bescheinigen, dass das fragliche ADR-System den sieben Mindeststandards entspricht, die in der Empfehlung 98/257/EG der Kommission (hierzu hinten D.I.3., FN 138) verankert sind.

⁸⁰ Im Unterschied zum Mediator bringt sich der Schlichter mit eigenen Lösungsvorschlägen in die Konfliktlösung ein; beide verfügen jedoch über keine Entscheidungsgewalt. Zu diesem Unterschied siehe CIMMINO (FN 77), 19 ff. m.w.H.

⁸¹ Zu entscheidungsbefugten Ombudsstellen, die eher als Spezialgerichte zu qualifizieren sind, siehe hinten C.II.3.

⁸² Aus diesem Grund sieht z.B. die Verfahrensordnung des Ombudsmann der privaten Banken in Deutschland (BVO; FN 115) einen Verjährungsunterbruch während des Ombudsverfahrens vor.

⁸³ Zur potentiellen Beeinträchtigung der Unabhängigkeit durch Branchenfinanzierung siehe hinten C.III.1.

⁸⁴ Der Bankenombudsman beruht auf einer von der Schweizerischen Bankiervereinigung (SBVg) im Jahr 1993 errichteten Stiftung (<www.bankingombudsman.ch>). Stifterin der seit 2008 bestehenden Ombudsstelle der Postfinance ist die Schweizerische Post (<www.ombudsman-postfinance.ch>). Bereits 1972 wurde der Versicherungs-Ombudsman ins Leben gerufen; Trägerin ist eine vom Schweizerischen Versicherungsverband (SVV) geschaffene Stiftung (<www.ombudsman-assurance.ch>).

des Ombudswesens charakterisiert sich i.d.R. durch einen äusserst lückenhaften Geltungsbereich, zumal davon nur Branchenmitglieder erfasst werden und selbst für diese i.d.R. kein Einlassungszwang besteht⁸⁵.

Nur in den seltenen Fällen ist die Errichtung einer schlichtend tätigen Ombudsstelle *von Gesetzes wegen vorgesehen*; Beispiele hierfür gibt es heute in Liechtenstein, Luxemburg, und Frankreich⁸⁶. Aus der gesetzlichen Verankerung lässt sich jedoch nicht eo ipso ein Einlassungszwang ableiten⁸⁷.

2. Schiedsgerichte: zweiseitig verbindliche Entscheide

Finanzdienstleistungsstreitigkeiten werden häufig auch von Schiedsgerichten beurteilt. Schiedsgerichte sind *private, von den Streitparteien gewillkürte Spruchinstanzen*, welche Rechtsstreitigkeiten anstelle von staatlichen Gerichten autoritativ entscheiden⁸⁸. Dabei gilt es allerdings wie folgt zu differenzieren:

- In «*B2B-Konflikten*», also Rechtsstreitigkeiten zwischen professionellen Akteuren auf den Finanzmärkten, ist die Schiedsgerichtsbarkeit heute weltweit etabliert⁸⁹. Besonders verbreitet sind institutionelle

⁸⁵ Eine Ausnahme stellt aber das vom italienischen Bankenverband gegründete Streitbeilegungssystem dar («Conciliatore Bancario»; (<www.conciliatorebancario.it>; siehe hierzu auch FN 109). Seit 2011 ist das Schlichtungsverfahren vor dem «Conciliatore» nämlich obligatorisch; staatliche Gerichte können erst nach Abschluss dieses Verfahrens angerufen werden.

⁸⁶ Die Liechtensteinische Schlichtungsstelle vermittelt von Gesetzes wegen in Streitigkeiten zwischen Vermögensverwaltern, Banken, Wertpapierfirmen und deren Kunden (Verordnung vom 27.10.2009 über die aussergerichtliche Schlichtungsstelle im Finanzbereich; Landesgesetzblatt Nr. 952.012). In Luxemburg ist eine Schlichtung durch die Finanzmarktaufsichtsbehörde CSSF vorgesehen (<www.cssf.lu/fileadmin/files/Protection_consommateurs/Reclamations/FAQ_reclamations.pdf>), in Frankreich durch den Médiateur der Finanzmarktaufsichtsbehörde AMF (<www.amf-france.org/affiche_page.asp?urldoc=mediateur.htm>). Für Beispiele aus der Schweiz siehe aber die Ombudscom (<www.ombudscom.ch>; Art. 12c Fernmeldegesetz vom 30.4.1997, SR 784.10, FMG) und die Ombudsstelle für Radio und Fernsehen (Art. 91 des BG über Radio und Fernsehen, SR 784.40).

⁸⁷ Anschaulich hierzu etwa Art. 13 Abs. 2 der Liechtensteinischen Schlichtungsstellen-Verordnung (FN 86).

⁸⁸ Sie sind aber dennoch Teil der staatlichen Gerichtsbarkeit, da sich ihre Spruchkompetenz auf staatliche Ermächtigung stützt. Zum Begriff vgl. CIMMINO (FN 77), 27 f.; SCHÜTZ (FN 77), 47 N 124, 132 N 349 ff. Siehe hierzu auch Art. 353 ff. ZPO.

⁸⁹ BERNARD HANOTIAU, Arbitrability of Financial Disputes, in: G. Kaufmann-Kohler/V. Frossard (Hrsg.), ASA Special Series Nr. 20, Arbitration in Banking and Financial Matters, 2003, 33 ff., 40; PETER JUNG, N 50 zu § 37h WpHG, in: Andreas Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum WpHG, Beck 2009.

Schiedsgerichte, die auf statutarischen Bestimmungen eines Verbands beruhen und ständige Strukturen aufweisen, wie etwa ein Sekretariat sowie ein stehendes Panel von Schiedsrichtern, welches nach einer gegebenen Verfahrensordnung urteilt⁹⁰. Typische Beispiele hierfür sind etwa die Schiedsgerichte von Börsen⁹¹ oder die Standesgerichte der SROs von Finanzintermediären⁹². Neuere, nicht mehr unmittelbar verbandsgebundene Schiedsgerichte sind etwa das London City Disputes Panel, EuroArbitration mit Sitz in Paris und das 2010 in Den Haag gegründete P.R.I.M.E. Finance Panel⁹³; sie sind allesamt auf die Beurteilung von Konflikten zwischen professionellen Marktteilnehmern («B2B»-Konflikte) spezialisiert⁹⁴.

- Weniger einheitlich präsentiert sich die Situation jedoch bei «B2C-Konflikten», also bei Rechtstreitigkeiten, in denen sich professionelle Anbieter von Finanzdienstleistungen und Privatkunden gegenüberstehen: In den USA hat der Siegeszug der Schiedsgerichtsbarkeit trotz kritischer Stimmen aus der Wissenschaft auch vor Konsumentenverträgen keinen Halt gemacht⁹⁵ und die aktuelle Rechtsprechung des US Supreme Court verspricht keine baldige Trendwende⁹⁶.

Wenn es um die Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Retailanlegern und Finanzdienstleistungsunternehmen geht, gilt deshalb das Schiedsgericht der FINRA (*FINRA-Arbitration*) nach wie vor als wichtigste Autorität im Lande⁹⁷. In Europa hingegen wird der Schiedsgerichtsbarkeit aus Konsumentenschutzgründen bisher mit grosser Zurückhaltung begegnet⁹⁸; in Deutschland und Frankreich wurden sogar entsprechende Verbots- bzw. Schutznormen erlassen⁹⁹.

Ob in Zukunft auch in Europa Branchen-Schiedsgerichte mit flächendeckender Zuständigkeit nach dem Vorbild der FINRA-Arbitration entstehen werden, ist deshalb fraglich¹⁰⁰. Es sprechen längst nicht mehr nur Konsumenten-

⁹⁰ SCHÜTZ (FN 77), 138 N 369 f.; JUNG (FN 89), N 51 zu § 37 WpHG.

⁹¹ Zum Schiedsgericht der SIX Swiss Exchange vgl. BGE 137 III 37, besprochen durch BENJAMIN BÜCHLER/HANS CASPAR VON DER CRONE, Die Zulässigkeit statutarischer Schiedsklauseln, SZW 82 (2010), 258 ff. Vgl. auch PETER NOBEL, Some General Reflections on Arbitration in Banking and Finance, in: Kaufmann/Frossard (FN 89), 22 ff.; ANDREA M. STEINGRUBER, Schiedsgerichtsbarkeit im innerstaatlichen Finanzbereich, Jusletter, 10.1.2011.

⁹² Für Beispiele vgl. <www.vsv-asg.ch/htm/standesgericht.htm>; <www.polyreg.ch/d/mitgliedschaft/schiedsgericht.html>.

⁹³ Vgl. <www.citydisputespanel.org>; <http://91.121.111.121/~euroarbitrage/en/?r=home>; <www.primefinancedisputes.org>. Siehe weiter KLAUS P. BERGER, Schiedsgerichtsbarkeit im Bank- und Kapitalmarktrecht, in: M. Habersack/H. U. Joeres/A. Krämer (Hrsg.), FS Gerd Nobbe, Köln, 2009, 473 ff., 489 ff.; ALAIN HIRSCH, Presentation of «Euroarbitration»: European Center for Financial Dispute Resolution, in: Kaufmann/Frossard (FN 89), 55 ff.

⁹⁴ Hierzu etwas missverständlich die Aussage von NOBEL/SAUERWEIN (FN 2), 291, wonach «EuroArbitration» bereits heute eine Option zur Durchsetzung von Forderungen für Kleinanleger darstelle. Präzisierend hierzu HIRSCH (FN 93), 56.

⁹⁵ RICHARD ALDERMAN, The Future of Consumer Law in the United States, Hello Arbitration, Bye-Bye Courts, So-Long Consumer Protection, 2007, Univ. of Houston Law C. (<http://ssrn.com/abstract=1015517>); JOHN BEECHY, The «Cloak» of Arbitrability: Is the Securities Industry Trying to have it both ways?, in: Kaufmann/Frossard (FN 89), 45 f.; MARK E. BUDNITZ, Arbitration of Disputes between Consumers and Financial Institutions. Threat to Consumer Protection, (1995) 10 Ohio St. J. of Disp. Res., 267.

⁹⁶ In *AT & T Mobility LLC v. Concepcion* hat der US Supreme Court im April 2011 die Aufrechterhaltung einer in AGB verankerten

Schiedsklausel höher gewichtet als das Recht der Konsumenten, eine Sammelklage wegen missbräuchlichen Verhaltens gegen einen Mobilfunkanbieter einzureichen. Kritisch hierzu ERWIN CHERINSKY, Abandoning the Courts, Trial Focus July 2011, American Association for Justice, 50 ff., 54: «This [...] can be understood as nothing other than a Court majority favouring the interests of businesses over consumers, employees, and others suffering serious injuries».

⁹⁷ Die FINRA (<www.finra.org>) stellt mit über 3000 Mitarbeitern die grösste SRO der USA dar und gehört zu den wichtigsten Finanzmarktaufsichtsbehörden der USA. Ihr Schiedsgericht verfügt über weitreichende Kompetenzen, zumal es keine Streitwertgrenze gibt und die Entscheide für beide Parteien verbindlich sind; zudem besteht ein Einlassungszwang für alle FINRA-Mitglieder (ca. 4'600 Effektenhändler, 165'000 Zweigniederlassungen und 635'000 im Effektenhandel tätige Einzelpersonen). Auf Wunsch kann der Kunde einen Entscheid durch ein völlig von der Industrie unabhängiges Panel (i.d.R. 3er-Besetzung) verlangen. Details hierzu im Code of Arbitration unter <http://finra.complinet.com/en/display/display_main.html?rbid=2403&element_id=4096>.

⁹⁸ BERGER (FN 93), 476; HANOTIAU (FN 89), 41; PHILIPPE MARINI, Arbitrage, médiation et marchés financiers, Revue de jurisprudence commerciale, 2000, 156 ff., 162. Für eine rechtsvergleichende Übersicht vgl. GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER/THOMAS SCHULTZ, Online dispute resolution: challenges for contemporary justice, Zürich 2004, 171 ff.

⁹⁹ Nach § 37h WpHG sind Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen nur dann verbindlich, «wenn beide Vertragsteile Kaufleute oder juristische Personen des öffentlichen Rechts sind». Kritisch ROLF SETHE, N 8 ff. zu § 37h WpHG, in: H.-D. Assmann/U. H. Schneider (Hrsg.), Kommentar zum WpHG, Köln 2009; KLAUS P. BERGER, Schiedsgerichtsbarkeit und Finanztermingeschäfte – der «Schutz» der Anleger vor der Schiedsgerichtsbarkeit durch § 37 WpHG, ZBB 2003, 77, 83 ff., 93. Nach Art. 2061 des französischen Code Civil sind nur gewerbmässig geschlossene Verträge schiedsfähig; bei wiederholten, spekulativen Börsengeschäften von Privaten wurde die Schiedsfähigkeit jedoch bejaht. Vgl. HANOTIAU (FN 89), 40.

¹⁰⁰ Zur Situation in Kanada vgl. JONNETTE WATSON HAMILTON, Pre-Dispute Consumer Arbitration Clauses: Denying Access to Justice?, (2006) 51 McGill L.J. 693. Vor einer gegenläufigen Entwicklung in Europa warnend CHRISTINE RIEFA, Uncovering the Dangers Lurking Below the Surface of European Consumer Arbitration, Cons. J. 2010 (<http://ssrn.com/abstract=1354590>).

schutzüberlegungen gegen eine Ausdehnung der Schiedsgerichtsbarkeit; genauso negativ ins Gewicht fallen dürfte die Tatsache, dass das Schiedsverfahren aufgrund stetig wachsender, regulatorischer Zwänge inzwischen viele seiner komparativen Vorteile gegenüber dem staatlichen Gerichtsverfahren eingebüsst hat¹⁰¹.

3. Hybride Streitbeilegungsmechanismen («Med-Arb»)

a. Kombination von Schlichtung und Entscheid

Konflikte, die von einem Machtungleichgewicht geprägt sind, lassen sich allein durch Mediation oder Schlichtung nur selten befriedigend lösen, zumal wirtschaftlich schwächere Parteien die Durchsetzung in nichtförmlichen Verfahren i.d.R. schwerer fällt¹⁰². Aber auch Schiedsverfahren sind unter dem Blickwinkel des Konsumentenschutzes heikel, insbesondere dann, wenn die Schiedsklauseln in vorgefassten AGB verankert und damit für Kunden inhaltlich nicht verhandelbar sind. Um die Defizite dieser beiden Verfahrensarten auszumerzen, sind Branchenverbände, Gesetzgeber und Finanzmarktaufsichtsbehörden in verschiedenen Ländern dazu übergegangen, sog. «entscheidungsbefugte Ombudsstellen»¹⁰³ ins Leben zu rufen. Diese sind dazu befugt, Streitigkeiten im Anschluss an einen erfolglosen Schlichtungsversuch durch einen verbindlichen Entscheid beizulegen¹⁰⁴.

In Tat und Wahrheit handelt es sich dabei jedoch nicht mehr um Ombudsstellen im klassischen Sinne, sondern um hybride Streitbeilegungsmechanismen, die sich konzeptionell an einen in den USA entwickelten Verfahrenstypus anlehnen, welcher Elemente der Mediation bzw. der Schlichtung mit jenen eines Schiedsverfahrens verbindet¹⁰⁵. Zur Bezeichnung dieser hybriden Verfahrensart

hat sich mittlerweile auch im deutschsprachigen Raum das Akronym «Med-Arb» (abgekürzt für: «Mediation-Arbitration») eingebürgert¹⁰⁶. Es wird auch zur Beschreibung der nachfolgend typologisierten Streitbeilegungsmechanismen verwendet, selbst wenn es sich in gewissen Fällen nicht um Schiedsverfahren im eigentlichen Sinne, sondern um Verfahren vor gesetzlich verankerten *Spezialgerichten* mit vorgängiger Mediation bzw. Schlichtung handelt.

b. Typologie und ausländische Vorbilder

Hybride Verfahrensmechanismen zur Beilegung von «B2C»-Finanzdienstleistungstreitigkeiten gibt es heute in vielen Jurisdiktionen, wobei diese in ihrer konkreten Ausgestaltung zum Teil stark voneinander divergieren:

- Nach der *institutionellen Konstituierung* kann man zwischen privaten, d.h. durch Selbstregulierung geschaffenen und deshalb freiwilligen Med-Arb-Systemen einerseits und obligatorischen, auf Gesetz beruhenden Spruchkörpern differenzieren. Beispiele für private Med-Arb-Systeme sind etwa das Niederländische Financial Services Complaints Tribunal (KiFiD)¹⁰⁷, der Ombudsmann der Privaten Banken in Deutschland¹⁰⁸ und der italienische «Ombudsman-Giuri Bancario»¹⁰⁹. Im Unterschied dazu beruht der

mit dem Streik von über 4000 Krankenschwestern entwickelt hat. Siehe hierzu SAM KAGEL, Combining Mediation and Arbitration, 96 Monthly Lab. Rev. 63 (1973); BARRY C. BARTEL, Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential, 27 Williamette Law Revue 661 (1991).

¹⁰⁶ BERGER (FN 101), 884; CIMMINO (FN 77), 24 f. m.w.H.; SCHÜTZ (FN 77), 48 f. N 131 ff. m.w.H.

¹⁰⁷ KiFiD (<www.kifid.nl>) beruht auf einer Stiftung, welche im April 2007 von Branchenverbänden der Finanzindustrie gegründet wurde. Das Tribunal verfügt nur dann über Spruchkompetenz, wenn sich ein Unternehmen dem System freiwillig angeschlossen hat. Einzelheiten bei MARK L. HENDRIKSE/JAC G. J. RINKES, Complaints settlement in the financial services market in the Netherlands, Zutphen 2007, insbes. 165 ff. (Verfahrensordnung). Zum Verfahren siehe hinten FN 119.

¹⁰⁸ Der Ombudsman der privaten Banken wurde 1992 vom Bundesverband deutscher Banken (BdB) freiwillig eingeführt. Anders als etwa in der Schweiz wurde der Ombudsmann jedoch nicht im Rahmen einer Stiftung rechtlich verselbständigt; für die Bestellung des Ombudsmanns sind deshalb die Organe des BdB zuständig. Zum Ganzen siehe VON HIPPEL (FN 76), 9 ff.

¹⁰⁹ Der von dem italienischen Bankenverband errichtete, bei der privaten Vereinigung «Conciliatore Bancario» angesiedelte Ombudsman (<www.conciliatorebancario.it>) besteht aus einem fünfköpfigen Panel, das Streitigkeiten im Zusammenhang mit Wertpapierdienstleistungen beurteilt. Für alle übrigen Streitigkeiten zwischen Banken und Retailkunden ist seit 2009 exklusiv und zwingend der «Arbitro Bancario Finanziario» (FN 123) zuständig.

¹⁰¹ Dies betrifft insbesondere Dauer, Kosten und Formgebundenheit des Verfahrens. Vgl. KLAUS P. BERGER, Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren, RIW 2001, 881–889, 882 f.; CIMMINO (FN 77), 1 f.; FERRAN (FN 78), 23 f.

¹⁰² CIMMINO (FN 77), 44.

¹⁰³ VON HIPPEL (FN 76), 198, spricht in diesem Kontext von «echten Ombudsmanninstitutionen». Dieser Terminologie wird vorliegend jedoch nicht gefolgt, weil Ombudsstellen nach ihrer ursprünglichen Konzeption nur schlichtend tätig sind.

¹⁰⁴ Eine Vorreiterrolle kommt dem 2001 geschaffenen UK Financial Ombudsman Service (FN 48) zu. Für Einzelheiten vgl. FERRAN (FN 78), 12 ff. Für weitere Beispiele JAVED SADIQ MALIK, The Ombudsman Reaching Outside the Public Sector, Konferenz des International Ombudsman Institute, Stockholm 2009 (<www.theioi.com/publications/the-stockholm-2009-conference-papers>).

¹⁰⁵ Als geistiger Vater gilt der kalifornische Anwalt SAM KAGEL, der diesen Verfahrenstypus anfangs der 70er-Jahre zur Beilegung einer umfangreichen arbeitsrechtlichen Auseinandersetzung im Kontext

Financial Ombudsman Service in England¹¹⁰ und Irland¹¹¹ auf gesetzlicher Grundlage, was in diesen Jurisdiktionen zu einem flächendeckenden Einlassungszwang für regulierte Finanzdienstleister geführt hat. Ähnlich flächendeckend ist die Zuständigkeit des Financial Ombudsman Service in Australien¹¹²; dabei handelt es sich jedoch nicht um einen gesetzlich verankerten, sondern um einen industriebasierten, privaten Streitbeilegungsmechanismus. Wie Neuseeland hat sich Australien für ein gemischtes System entschieden, in welchem der Gesetzgeber die Eckwerte des für «B2C»-Finanzdienstleistungskonflikte anwendbaren Verfahrens samt Anschlusspflicht für sämtliche regulierten Finanzdienstleister festschreibt, den Betrieb dieses Med-Arb-Systems jedoch privaten, staatlich konzessionierten Anbietern überlässt¹¹³.

- Nach dem *Verfahrensablauf* kann man zwischen ein- und mehrstufigen Med-Arb-Systemen unterscheiden¹¹⁴: Beim einstufigen System besteht eine Personalunion zwischen Mediator und autoritativ

entscheidendem (Schieds)richter, wobei die Verfahrensabschnitte der Schlichtung und des Entscheids untrennbar ineinander übergehen. Das einstufige Med-Arb-Verfahren ist relativ selten; in Reinform kommt es heute z.B. vor dem Ombudsmann der privaten Banken in Deutschland vor¹¹⁵. Viel verbreiteter sind hingegen mehrstufige Med-Arb-Systeme, die sich unter Beteiligung mehrerer Instanzen über verschiedene Phasen bzw. Verfahrensschritte erstrecken. Diese Verfahrensort ist typisch für Med-Arb-Systeme mit beträchtlichen personellen Ressourcen und Strukturen, wie man sie etwa aus England¹¹⁶ Australien¹¹⁷ Irland¹¹⁸ und den Niederlanden¹¹⁹ kennt.

- Nach der *Bindungswirkung der Entscheide* kann zwischen *ein-* und *zweiseitig verbindlichen* Med-Arb-Verfahren differenziert werden: In England, Australien, Neuseeland, Deutschland und – zumindest in gewissen Fällen – in Italien¹²⁰ entfalten die Entscheide des Ombudsmans nur einseitige Bindungswirkung für den betroffenen Finanzdienstleister: Während es dem Kunden in diesen Verfahrenssystemen frei steht, nach Abschluss des Ombudsverfahrens in derselben Sache auch noch ein staatliches Gericht anzurufen, sind die

¹¹⁰ Der UK Financial Ombudsman Service (FN 48) wurde von der FSA gestützt auf den Financial Services Market Act 2000 (sections 225–234) errichtet. Er ist zwingend zuständig (sog. «compulsory jurisdiction») für «B2C»-Streitigkeiten im Kontext mit regulierten Finanzdienstleistungen. Vgl. FSA-Handbook Dispute Resolution Ziff. 2.3 (<<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/DISP>>).

¹¹¹ Die Schaffung des irischen Financial Ombudsman Service stützt sich auf den Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004 (section 16, schedules 6 and 7). Seine Zuständigkeit erstreckt sich auf sämtliche Streitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und Verbrauchern, wozu neben Privaten auch KMU zählen. Siehe hierzu auch FN 186.

¹¹² Der australische Financial Ombudsman Service (<www.fos.org.au>) entstand 2008 aus einem Zusammenschluss des Financial Industry Complaints Service (FICS), dem Banking and Financial Services Ombudsman (BFSO) und dem Insurance Ombudsman Service (IOS). Der FOS beurteilt «B2C»-Streitigkeiten im Finanz- und Versicherungsbereich (Terms of Reference [TOR], Ziff. 4; <www.fos.org.au/public/download.jsp?id=4040>). Zu den weiteren, von der australischen Aufsichtsbehörde (ASIC) anerkannten Med-Arb-Systemen siehe <www.moneysmart.gov.au/tools-and-resources/how-to-complain>.

¹¹³ In Neuseeland sind Finanzdienstleister seit 1.12.2010 aufgrund der Financial Service Providers Dispute Resolution-Reserve Scheme Rules 2010 (<www.legislation.govt.nz/regulation/public/2010/0250>) dazu verpflichtet, sich bei einem «External Dispute Resolution Scheme» als Mitglied registrieren zu lassen; letztere werden von privaten, staatlich konzessionierten Anbietern betrieben (Beispiel: Financial Dispute Resolution Scheme [FDR]; <www.fdr.org.nz>). Während in Neuseeland die Eckwerte des Verfahrens (Schlichtung kombiniert mit einem einseitig bindendem Entscheid bis NZ-\$ 200'000.–) gesetzlich vorgegeben sind, können die Streitbeilegungssysteme in Australien sogar ihre eigene Verfahrensordnung erlassen; diese unterliegt jedoch der Genehmigung durch die ASIC (zu den genehmigten Terms of Reference [TOR] siehe vorn FN 112).

¹¹⁴ Für eine Übersicht siehe BERGER (FN 101), 884 ff.

¹¹⁵ Siehe VON HIPPEL (FN 76), 277 ff. GUDE (FN 71), 141 ff. sowie <www.bankenverband.de/publikationen/verbraucher>.

¹¹⁶ Zunächst erarbeiten Hilfskräfte des Ombudsman Service einen Schlichtungsvorschlag. Lässt sich die Streitigkeit dadurch nicht beilegen, äußert sich ein «Adjudicator» nach Aktenstudium und Parteibefragungen im Sinne einer Early Neutral Evaluation (hinten D.III.3.b.) dazu, wie der Streit idealerweise beizulegen wäre. Ist eine der Parteien nicht damit einverstanden, kann sie einen formellen Entscheid durch einen Ombudsman verlangen, wobei dieser für den Finanzdienstleister bindende Wirkung entfaltet. Zum Ganzen vgl. FSA-Handbook Dispute Resolution (FN 110); VON HIPPEL (FN 76), 181 ff.; WALTER MERRICKS, The Financial Ombudsman Service: Not just an alternative to court, Journal of Financial Regulation & Compliance 2007, Vol. 15 No. 2, 135 ff., 137.

¹¹⁷ Zunächst lädt ein «Conciliator» die Parteien zu einer Schlichtungsverhandlung. Ist eine Einigung unmöglich, untersucht ein «Case Manager» den Fall und entwirft einen Entscheid; dieser wird bindend, wenn ihn die Parteien innert 30 Tagen akzeptieren. Andernfalls wird der Fall durch drei Schiedsrichter entschieden (<www.fos.org.au/centric/home_page/resolving_disputes.jsp>).

¹¹⁸ In Irland befassen sich neben dem Ombudsman auch eine «Pre Investigation Unit» und rund ein Dutzend «Investigators» mit den zu beurteilenden Rechtsstreitigkeiten (<www.financialombudsman.ie/complaints-procedure/how-complaints-are-dealt-with.asp>).

¹¹⁹ Im Verfahren vor KiFiD unternimmt zunächst ein Ombudsman einen Schlichtungsversuch; scheitert dieser, kann der Kunde den Fall an das Financial Services Disputes Committee weiterziehen (siehe hierzu auch FN 122).

¹²⁰ Diese Aussage gilt nur für Streitigkeiten im Kontext mit Wertpapierdienstleistungen, die vom «Ombudsman-Giuri Bancario» (FN 109) entschieden werden. Zum Arbitro BancarioFinanziario siehe hinten FN 123.

Finanzdienstleister – abgesehen von nur sehr eingeschränkt zur Verfügung stehenden Rechtsmitteln¹²¹ – endgültig an den Entscheid gebunden. Im Unterschied dazu sind die Entscheidungen des Irish Financial Services Ombudsman und des niederländischen KiFiD-Disputes Committee nicht nur für den Finanzdienstleister, sondern auch für den Kunden verbindlich¹²². Einen interessanten Sonderfall stellt der italienische Arbitro BancarioFinanziario (ABF) dar¹²³: Seine Entscheide erwachsen nicht in formelle Rechtskraft und können daher auch nicht vollstreckt werden können. Stattdessen behilft man sich mit einem bewährten Hilfsmittel, dem *Naming & Shaming*: Weigert sich nämlich ein Finanzdienstleister, einen Entscheid des ABF zu erfüllen und einen Kunden zu entschädigen, wird diese Weigerung veröffentlicht.

- Grosse Unterschiede bestehen schliesslich auch mit Blick auf die *Streitwertgrenzen*: Diese reichen von 5'000 € am untersten Rand (Ombudsman der privaten Banken in Deutschland) bis hin zu einem Maximum von 250'000 € (Irish Financial Ombudsman Service; KiFiD-Disputes Committee), wobei die Mehrzahl hybrider Streitbeilegungssysteme über eine Spruchkompetenz von mindestens 100'000 € verfügt¹²⁴; dabei besteht steigende Tendenz¹²⁵.

¹²¹ Gegen einen Entscheid des UK FOS kann sich ein Finanzdienstleister z.B. nur mit einem Judicial Review beim Court of Appeal zur Wehr setzen. Die zulässigen Rügen sind äusserst begrenzt, weshalb dieses Rechtsmittel selten ergriffen wird. Für ein Beispiel siehe aber *R on the applic. of IFG Financial Services Ltd., Claimant v Financial Ombudsman Service Ltd.* [2005] EWHC 1153 (Admin).

¹²² Bis zu einem Streitwert von 250'000 € fällt in Irland der Ombudsman einen für beide Parteien bindenden Entscheid; es besteht jedoch eine Weiterzugsmöglichkeit an den irischen High Court (Central Bank and Financial Services Authority of Ireland Act 2004, Section 57CL, 1). Das Disputes Committee von KiFiD (FN 107) fällt für beide Parteien verbindliche Entscheide und zwar bis zu einem Streitwert von 100'000 € (Intermediäre) bzw. 250'000 € (Banken/Versicherungen).

¹²³ Dabei handelt es sich um ein bei der Banca d'Italia angesiedeltes, paritätisch besetztes Spezialgericht, das Kundenbeschwerden im Kontext mit allgemeinen Finanzdienstleistungen beurteilt (gesetzliche Basis: Art. 128^{bis} des Testo unico bancario, eingefügt in die «legge sul risparmio», legge n. 262/2005). Das Verfahren ist für den Kunden kostenlos, entfaltet keine Sperrwirkung und ist zu allen anderen Verfahren subsidiär. Siehe <www.arbitrobancariofinanziario.it>. Zum Ombudsman-Giuri Bancario siehe vorne FN 109.

¹²⁴ 100'000 € beträgt die Streitwertgrenze bei den beiden ADR-Systemen aus Italien (FN 109 und FN 123); in einem ähnlichen Bereich liegt FDR (FN 113) in Neuseeland (≈ 115'000 €) und der FOS (FN 48) in England (≈ 115'000 €). Mit rund 209'000 € liegt die Spruchkompetenz des FOS in Australien bereits wieder um Einiges höher.

¹²⁵ So soll die Spruchkompetenz des britischen FOS ab 1.1.2012 auf £ 150'000.– angehoben werden. Vgl. FSA-Consultation Paper

Der Klarheit halber bleibt anzufügen, dass die vorstehende Typologie und vor allem die darin erwähnten Beispiele keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erheben; damit soll lediglich die Vielfalt von Verfahrensmechanismen zur Konfliktbewältigung zwischen Finanzdienstleistungsunternehmen und Retailkunden veranschaulicht werden¹²⁶.

III. Zukunftstendenzen

Vieles spricht derzeit dafür, dass die Tendenz weg vom traditionellen Gerichtsverfahren hin zur alternativen Streitbeilegung für «B2C-Finanzdienstleistungstreitigkeiten» auch in *Zukunft* anhalten, ja sich vermutlich sogar noch weiter akzentuieren wird:

- Anschaulich zeigt sich das etwa daran, dass die *EU* den Rechtsschutz für Retailkunden im Finanzbereich durch eine *gezielte Förderung der alternativen Streitbeilegung* verbessern will: So werden die Mitgliedstaaten in diversen Richtlinien aus dem Finanzdienstleistungsbereich zur Einrichtung von ADR-Systemen verpflichtet¹²⁷. Zudem hat die Kommission Ende November 2011 einen Richtlinienentwurf vorgelegt, welcher Mindeststandards für die aussergerichtliche Streitbeilegung von Verbrauchersachen etablieren und sektorielle sowie geografische Lücken in der Abdeckung durch ADR-Mechanismen schliessen will¹²⁸.

No. 10/21, Consumer complaints: The ombudsman award limit and changes to complaints-handling rules (CP 10/21), 2010, 8 ff.

¹²⁶ Kurze Portraits der in FIN-NET zusammengeschlossenen ADR-Systeme sind abrufbar auf der Webseite von FIN-NET (FN 79). Zu ADR-Mechanismen in Zentral- und Osteuropa vgl. WORLD BANK, Consultation draft, Resolving disputes between consumers and financial businesses: Current arrangements in central and eastern Europe, Juni 2011 (<<http://siteresources.worldbank.org>>).

¹²⁷ Vgl. RL 2009/65/EG betr. Kollektive Kapitalanlagen (Art. 100); RL 2009/110/EG betreffend E-Geld-Zahlungsverfahren (Art. 13); RL 2007/64/EG betr. Zahlungsdienstleistungen (Art. 83). In älteren Richtlinien, wie etwa in MiFID (RL 2004/39/EG, Art. 53) und in der Fernabsatzrichtlinie (RL 2002/65/EG, Art. 14) ist immerhin von «Förderung» der aussergerichtlichen Streitbeilegung die Rede.

¹²⁸ Richtlinie über Formen der alternativen Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (<http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/docs/directive_adr_de.pdf>). Der Richtlinienentwurf betrifft sämtliche Verbrauchersachen, beruht aber u.a. auf Erkenntnissen aus Konsultationen zur Förderung von ADR im Finanzbereich (siehe hierzu EU Consultation on alternative dispute resolution in the area of financial services, 11.12.2008, <http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/adr/adr_consultation_en.pdf>; eingegangene Stellungnahmen unter <http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/redress_consultation_summary_en.pdf>).

- Im Juni 2011 hat zudem die *Weltbank* ein Konsultationspapier mit dem Titel «*Fundamentals for a Financial Ombudsman*» veröffentlicht¹²⁹. Die Autoren, welche auf eine langjährige Erfahrung als Ombudsmänner im Finanzsektor zurückblicken, haben anhand von Beispielen aus verschiedenen Jurisdiktionen in der EU allgemein anerkannte Standards herausgearbeitet¹³⁰. Das Papier versteht sich als Hilfestellung für all jene Staaten, die ADR-Mechanismen für «B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten» implementieren wollen.
- Schliesslich hat sich im Oktober 2011 sogar die *G20* zur Frage des Rechtsschutzes für Kunden im Finanzdienstleistungssektor geäussert. Im Rahmen sog. «*High-Level Principles on Financial Consumer Protection*» werden die Staaten dazu aufgefordert, faire, einfach zugängliche, kostengünstige und effiziente Verfahren zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen für Retailkunden vorzusehen¹³¹.

Vor diesem Hintergrund ist es durchaus denkbar, dass effektive ADR-Mechanismen in Zukunft den Status eigentlichen *Gütesiegels* für entwickelte Finanzmärkte erlangen könnten. Es stünde daher auch den Akteuren des Finanzplatzes Schweiz gut an, konkrete Schritte zur Verbesserung des Rechtsschutzes für Retailkunden zu unternehmen. Der nachfolgende Abschnitt skizziert, wie diese Idee in der Schweiz umgesetzt werden könnte.

D. Synthese und Vorschlag de lege ferenda: «Swiss Finance Dispute Resolution» (Swiss FDR)

I. Präliminarien

1. Eckwerte

Unter der Bezeichnung «Swiss Finance-Dispute Resolution (Swiss FDR)» sollte ein unabhängiges, *staatlich gesteuertes Streitbeilegungssystem* (hinten D.II.) ins Leben gerufen werden, welches im Sinne eines flächendeckenden *Obligatoriums* für sämtliche «B2C»-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten zuständig ist (hinten D.III.1.). Swiss FDR wäre als *hybrides Streitbeilegungssystem* zu konzipieren, welches einen Schlichtungsversuch mit einem autoritativen Erkenntnisverfahren für jene Streitfälle ergänzt, die sich nicht einvernehmlich lösen lassen. Das Verfahren vor Swiss FDR wäre so auszugestalten, dass es sich zu einer echten Alternative zu einem Prozess vor Zivilgericht entwickeln kann; letzteres soll durch die Verleihung von Entscheidungsbefugnis, durch ein laienfreundliches, kostengünstiges Verfahren und die Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes erreicht werden (hinten D.III.2.–5.).

2. Rechtspolitische Ziele

Die zentralen Zielsetzungen von Swiss FDR gehen dahin, den *Zugang zum Recht* für Retailkunden durch ein rasches, kostengünstiges und flexibles Verfahren zu verbessern, welches ausserdem eine effektive Rechtsdurchsetzung und eine stetige Rechtsfortentwicklung ermöglicht. Zudem sollen *Verfahrensökonomie und -effektivität* durch die Verleihung von Entscheidungsbefugnis gesteigert werden¹³². Erfahrungen aus dem Ausland haben nämlich gezeigt, dass in entscheidungsbefugten ADR-Systemen jeweils bereits im vorgelagerten Schlichtungsverfahren bessere Vergleichsergebnisse erzielt wurden, weil für die Finanzdienstleister ein echter Anreiz zur einvernehmlichen Beilegung eines Rechtsstreits bestand¹³³. Schliesslich will Swiss FDR mit effektiveren Durchsetzungsmechanismen das *Kundenvertrauen* stärken, die *Reputation* der Finanzindustrie verbessern und so mittelbar einen

¹²⁹ Weltbank Consultation Draft, verfasst von: David Thomas/Francis Frizon, «Resolving disputes between consumers and financial businesses: Fundamentals for a financial ombudsman», A practical guide based on experience in Western Europe, Juni 2011 (http://siteresources.worldbank.org/extfinancialsector/Resources/Financial_Ombudsmen_Vol_1.pdf); nachfolgend: WORLD BANK FUNDAMENTALS). Mehr hierzu hinten D.I.3.

¹³⁰ DAVID THOMAS ist Principal Ombudsman beim FOS in England; FRANCIS FRIZON amtiert als Mediator im Versicherungssektor in Frankreich. Beide haben Einsitz im Steuerungsausschuss von FIN-NET und INFO (hierzu vorn FN 79).

¹³¹ G20, High-Level Principles on Financial Consumer Protection, Oktober 2011 (<www.oecd.org/dataoecd/58/26/48892010.pdf>). Siehe insbes. Ziff. 9: «*Complaints Handling and Redress: Jurisdictions should ensure that consumers have access to adequate complaints handling and redress mechanisms that are accessible, affordable, independent, fair, accountable, timely and efficient. Such mechanisms should not impose unreasonable cost, delays or burdens on consumers [...]*».

¹³² Zu den Vorteilen eines ADR-Systems mit Entscheidungsbefugnis siehe hinten D.III.c., insbes. FN 210.

¹³³ Zu entsprechenden Erfahrungen aus England siehe VON HIPPEL (FN 76), 198 f. m.w.H.

Beitrag zur Aufrechterhaltung der *Allokationsfunktion* des Finanzmarktes leisten¹³⁴.

3. Orientierung an international anerkannten Standards

Verschiedene Standardsetters wie etwa die International Ombudsman Association¹³⁵, die British and Irish Ombudsman Association¹³⁶, die Australian and New Zealand Ombudsman Association¹³⁷ und die EU-Kommission¹³⁸ haben Empfehlungen zur optimalen Ausgestaltung von ADR-Systemen für Verbraucherstreitigkeiten erlassen¹³⁹. Kongruenz zeigt sich in diesen Empfehlungen dahingehend, als *Unabhängigkeit*, *Effektivität*, *Effizienz* und *Transparenz* als Kernvoraussetzungen dafür gelten, dass ein alternatives Streitbeilegungssystem seinen rechtspolitischen Zielsetzungen gerecht werden kann. Diese drei Prämissen bilden auch das gedankliche Rückgrat des nachfolgend skizzierten Konzepts von Swiss FDR¹⁴⁰.

In seiner konkreten Ausgestaltung, insbesondere bezüglich Governance-Struktur, Finanzierung, Zuständigkeit, Verfahren, Zugang, Transparenz und Rechenschaftspflicht, orientiert sich Swiss FDR an den von der *Weltbank*

entwickelten Standards¹⁴¹. Weitere Hinweise lassen sich zudem dem *ISO-Standard 10003:2007: Quality Management, Customer Satisfaction – Guidelines for Dispute Resolution External to Organisations* entnehmen¹⁴².

II. Branchenunabhängiges Statut

1. Staatlich gesteuertes Streitbeilegungssystem

Oberstes Gebot für die Tätigkeit von Swiss FDR ist die Wahrung von *Unabhängigkeit*¹⁴³; andernfalls verfehlt dieses Institut seinen Zweck, das Vertrauen in die Integrität des Finanzdienstleistungssektors zu stärken. Die von Industrieverbänden freiwillig konstituierten Ombudsstellen werden hingegen meist als «interessenorientiert» wahrgenommen¹⁴⁴. Um dieser Skepsis wirksam zu begegnen und jeglichen Anschein von Branchenabhängigkeit zu vermeiden, bedarf ein Streitbeilegungssystem *staatlicher Steuerung*¹⁴⁵. Bei der Konzipierung von Swiss FDR ste-

¹³⁴ Zu den rechtspolitischen Zielsetzungen von ADR-Systemen siehe vorn FN 76.

¹³⁵ IOA Best Practices (2009; <www.ombudsassociation.org/sites/default/files/IOA_Standards_of_Practice_Oct09.pdf>): «Independence, Neutrality and Impartiality, Confidentiality, Informality».

¹³⁶ BIOA Principles of Good Governance of the British and Irish Ombudsman Association (2009; <www.bioa.org.uk/docs/BIOA-Rules-New-May2011-Schedule-1.pdf>): «Independence, Fairness, Effectiveness, Openness and Transparency, Accountability». Vgl. hierzu auch JAMES (FN 74), 230 ff.

¹³⁷ ANZOA Benchmarks for industry-based dispute resolution schemes (1997; <www.anzoa.com.au/National-Benchmarks-1997.pdf>): «Accessibility, Independence, Fairness, Accountability, Efficiency, Effectiveness».

¹³⁸ Empfehlung 98/257/EG betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die aussergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind, vom 30.3.1998, KOM(1998) 198 (33 f., Ziff. I.-VII.): «Unabhängigkeit, Transparenz, kontradiktorische Verfahrensweise, Effizienz, Rechtmässigkeit, Handlungsfreiheit, Recht auf Vertretung». Für rein schlichtende Streitbeilegungsmechanismen vgl. zudem die Empfehlung 2001/310/EG über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte aussergerichtliche Einrichtungen vom 4.4.2001, KOM(2001) 016.

¹³⁹ Siehe hierzu auch die bei VON HIPPEL (FN 76), 209 ff., entwickelten «Grundzüge eines optimalen Ombudsmannmodells».

¹⁴⁰ Bereits umgesetzt wurden diese Standards in der Schweiz bei der Schaffung der Ombudscom (FN 86): Diese hat ihre Schlichtungsaufgabe «unabhängig, unparteiisch, transparent und effizient» auszuüben (Art. 43 Fernmeldeverordnung; FDV; SR 784.101.1).

¹⁴¹ WORLD BANK FUNDAMENTALS (FN 129), 29 f. (Grunddesign eines ADR-Systems); 31 ff. (anerkannte Standards).

¹⁴² Abrufbar gegen Gebühr unter <www.iso.org/iso/catalogue_detail?csnumber=38449>; ein kostenloser Entwurf ist abrufbar unter <www.belgiss.org.by/russian/quality/pdf/10003.pdf>. Da der ISO-Standard auf von Branchenverbänden freiwillig errichtete ADR-Systeme zugeschnitten ist, sind seine Eckwerte im vorliegenden Kontext allerdings nur teilweise von Belang.

¹⁴³ Das Unabhängigkeitserfordernis wird denn auch in sämtlichen Standards stets an erster Stelle aufgeführt. Siehe etwa BIOA-Principles (FN 136), 4 f.; WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 31. Vgl. auch GUDE (FN 71), 52 ff., insbes. 54; VON HIPPEL (FN 76), 210, 235 ff.; FERRAN (FN 78), 16 ff.; NABHOLZ (FN 1), 124 f.

¹⁴⁴ Kritisch GUDE (FN 71), 242: «Die aussergerichtlichen kreditgewerblichen Schlichtungsverfahren in Deutschland [...] und der Schweiz genügen nicht den Anforderungen an ein unabhängiges und überparteiliches aussergerichtliches Schlichtungsverfahren. Sie sind interessenorientiert [...] Die Verfahren sind allein vom Wohlverhalten der Kreditinstitute und ihrer Verbände abhängig». Tatsächlich ist der Einfluss der Finanzindustrie nicht von der Hand zu weisen: So wählt beim Bankenombudsman die SBVg den Stiftungsrat; dieser erlässt das Verfahrensreglement und bestimmt den Ombudsman sowie dessen Pflichtenheft (Art. 10 i.V.m. Art. 4 und Art. 7 Stiftungsurkunde). Weder die FINMA noch Konsumentenvertreter haben Mitspracherechte. In Deutschland wird der Ombudsmann sogar direkt durch den Vorstand des Bankenverbandes bestellt (Abschnitt 1 Ziff. 1 BVO [FN 115]).

¹⁴⁵ Bereits 1989 hat eine hochrangige Expertengruppe um Lord R. B. JACK die Schaffung einer gesetzlich verankerten, staatlichen Streitbeilegungsstelle für Finanzdienstleistungsstreitigkeiten gefordert (Report of the Review Committee on Banking Services: Law and Practice, «Jack Report»). Vgl. hierzu auch GUDE (FN 71), 244; VON HIPPEL (FN 76), 179 ff., 202. Forderungen zum Erlass einer Rahmengesetzgebung für die aussergerichtliche Beilegung von «B2C»-Streitigkeiten kennt man auch aus der deutschen Doktrin, so namentlich bei SCHERPE (FN 76), 271 ff. m.w.H.

hen zwei unterschiedliche Gestaltungsformen zur Verfügung, welche sich mit Blick auf ihre Regulierungsintensität voneinander unterscheiden:

- Am stringentesten wäre wohl die Errichtung eines «echten» staatlichen Streitbeilegungssystems, wie man es aus Italien in Gestalt des Arbitro Bancario-Finanziario oder aus England und Irland in Form des Financial Ombudsman Service kennt¹⁴⁶. Alle wesentlichen Entscheidungen werden in diesem System durch den Gesetzgeber getroffen: Dieser legt nicht nur den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich, die Kompetenzen, das institutionelle Statut und die organisatorische Ausgestaltung des ADR-Systems fest, sondern bestimmt auch die Verfahrensordnung sowie die Modalitäten der personellen Besetzung und der Finanzierung des Streitbeilegungssystems. Gestaltungsmöglichkeiten der Finanzbranche und der Konsumentenschutzverbände sind hier entweder ganz ausgeschlossen oder beschränken sich darauf, bei der personellen Besetzung der Schlichtungsorgane und Spruchinstanzen mitzuwirken (hinten D.II.3.). Ein passendes Rechtskleid für Swiss FDR wäre unter dieser Prämisse eine öffentlich-rechtliche Stiftung¹⁴⁷, wobei in Abweichung von den zwei bestehenden Stiftungen öffentlich-rechtlicher Natur von der gesetzlichen Verankerung in einem Spezialerlass eher abzusehen wäre¹⁴⁸. Als *sedes materiae* thematisch sinnvoll wäre das seit langem angedachte Finanzdienstleistungsgesetz; angesichts der politischen Unwägbarkeiten dieses legislativen Grossprojekts¹⁴⁹ wäre jedoch zu überlegen, ob Swiss FDR aus pragmatischen Gründen nicht vorerst durch eine blosse *Ergänzung des FINMAG* ins Leben gerufen werden sollte, allenfalls flankiert durch minime Anpassungen der ZPO¹⁵⁰.
- Sofern sich der Gesetzgeber aus Verhältnismässigkeitsgründen für eine weniger restriktive Regulierung

aussprechen sollte, könnte Swiss FDR allenfalls auch als *staatlich konzessioniertes Streitbeilegungssystem* konzipiert werden. Beispiele derartiger ADR-Systeme kennen wir nicht nur aus dem Ausland¹⁵¹, sondern auch in Gestalt der Ombudscom für den Schweizer Telekommunikationsmarkt¹⁵². In Analogie dazu hätte sich der Gesetzgeber auf den Erlass einer *Rahmen-gesetzgebung*¹⁵³ zu beschränken, welche die Voraussetzungen zur Vergabe einer Bewilligung an einen privaten Betreiber umschreibt. Die Detailregelungen bezüglich Verfahren und Gebühren wären der Betreiberorganisation von Swiss FDR zu überlassen, aber einem staatlichem Genehmigungsvorbehalt zu unterstellen¹⁵⁴. Die Befugnis zum Betrieb eines Streitbeilegungssystems wäre im Rahmen eines verwaltungsrechtlichen Vertrags zu übertragen¹⁵⁵. Hinsichtlich der rechtlichen Konstituierung von Swiss FDR wäre deren Betreiberin grundsätzlich frei; denkbar wäre etwa die Errichtung einer *privatrechtlichen Stiftung* i.S.v. Art. 80 ff. ZGB.

Für den Erfolg von Swiss FDR ist vermutlich weniger entscheidend, für welche dieser beiden Gestaltungsvarianten sich der Gesetzgeber letztlich aussprechen wird, als dass der Paradigmenwechsel vom bisher freiwilligen, durch die Finanzbranche determinierten Ombudswesen hin zu einem staatlich gesteuerten *Streitbeilegungssystem* effektiv vollzogen wird. Aus diesem Grund wäre Swiss FDR nicht nur auf gesetzlicher Grundlage zu errichten, sondern darüber hinaus einer dauernden *staatlichen Aufsicht* zu unterstellen; als Aufsichtsbehörde kämen die FINMA oder allenfalls auch das EFD in Frage¹⁵⁶.

¹⁴⁶ Zum ABF in Italien vorne FN 123; zum FOS in England vorn FN 48 und FN 110; zum FOS in Irland vorne FN 111.

¹⁴⁷ Die Errichtung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt erscheint für diese Zwecke – im Vergleich zu Institutionen wie der FINMA, der ETH oder der SUVA – hingegen etwas überdimensioniert.

¹⁴⁸ Siehe BG betreffend die Stiftung «Pro Helvetia» vom 17.12.1965 (SR 447.1) sowie BG über den Schweizerischen Nationalpark im Kanton Graubünden vom 19.12.1980 (SR 454).

¹⁴⁹ Dass die Idee einer umfassenden Kodifikation für Finanzdienstleistungen seit bald 20 Jahren einer Umsetzung harrt, dämpft die Erwartungen auf eine baldige Realisierung dieses Gesetzgebungsvorhabens. Siehe hierzu auch CONTRATTO (FN 2), N 77 f. Im FINMA-VB (FN 2) hat sich die FINMA jedoch positiv zu einem derartigen Gesetzgebungsvorhaben geäußert (vorn FN 51).

¹⁵⁰ In Frage käme etwa eine Anpassung bzw. eine analoge Anwendung von Art. 197 ff. ZPO (Schlichtungsversuch).

¹⁵¹ Zu den Beispielen aus Australien und Neuseeland siehe vorne FN 113.

¹⁵² Art. 12c FMG (FN 86) verpflichtet das BAKOM dazu, eine Schlichtungsstelle für Streitigkeiten im Telekommunikationsbereich einzurichten, oder Dritte mit dieser Aufgabe zu betrauen. Unter Vorbehalt der Einhaltung von Art. 42 ff. FDV (FN 140) wurde der Betrieb dieser Schlichtungsstelle im Juli 2008 der privatrechtlich konstituierten Stiftung «Ombudscom» (FN 86) übertragen.

¹⁵³ Als *sedes materiae* hierfür kämen wiederum das FINMAG oder ein neu zu erlassendes Finanzdienstleistungsgesetz in Frage.

¹⁵⁴ Vgl. analog Art. 44 FDV (FN 140). Die Reglemente der Ombudscom unterliegen der Genehmigung durch das BAKOM.

¹⁵⁵ Vgl. analog Art. 42 Abs. 4 FDV (FN 140).

¹⁵⁶ Für analoge Regelungen vgl. Art. 50 FDV (FN 140: Oberaufsicht über die Ombudscom durch das BAKOM), Art. 13 Abs. 1 BG Pro Helvetia (FN 148: Aufsicht durch das EDI, Oberaufsicht durch den Bundesrat); Art. 9 Abs. 1 BG Nationalpark (FN 148: Aufsicht durch das UVEK).

2. «Richterliche Behörde» i.S.v. Art. 29a BV

Ausgehend von der Prämisse, dass Swiss FDR von Gesetzes wegen zur Beurteilung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Finanzdienstleistern und Retailkunden zuständig sein sollte und diesbezüglich auch über Entscheidungskompetenz verfügen würde, sind bei der institutionellen Ausgestaltung von Swiss FDR jene Anforderungen zu beachten, die sich aus der verfassungsmässigen Rechtsweggarantie ergeben¹⁵⁷: Art. 29a BV vermittelt nämlich natürlichen und – was für Finanzinstitute von besonderem Interesse sein dürfte – juristischen Personen einen grundrechtlichen Anspruch auf eine Beurteilung von Streitigkeiten durch eine «*richterliche Behörde*»¹⁵⁸.

Ein Anspruch auf Zugang zu einem Gericht im Sinne der herkömmlichen, staatlichen Justizorganisation lässt sich daraus zwar nicht ableiten¹⁵⁹; vielmehr genügt auch ein «Gericht im materiellen Sinne» den Anforderungen von Art. 29a BV¹⁶⁰. Erforderlich wäre hingegen, dass Swiss FDR (bzw. dessen als Disputes Committee bezeichnetes Spruchorgan) seine Spruchstätigkeit auf Basis rechtlicher Vorgaben *unabhängig* ausübt, über *volle Kognition* mit Blick auf Tat- und Rechtsfragen verfügt und die Entscheidungen im Rahmen eines *geregelten Verfahrens* zustande kommen¹⁶¹. Entgegen dem Wortlaut («richterli-

che Behörde») lässt sich aus Art. 29a BV kein Anspruch auf Beurteilung einer Streitigkeit durch ein Kollegium ableiten; selbst wenn Fälle mit geringerem Streitwert nicht durch ein mehrköpfiges Panel, sondern nur durch eine Einzelperson beurteilt würden, stünden der Verleihung von Spruchkompetenz an das Disputes Committee keine verfassungsmässigen Schranken entgegen¹⁶².

Auch vor dem Hintergrund des Anspruchs auf einen gesetzlichen Richter i.S.v. Art. 30 Abs. 1 BV wäre eine Spruchstätigkeit des Disputes Committee unbedenklich; denn es ist anerkannt, dass der Gesetzgeber befugt ist, für bestimmte Rechtsgebiete Spezialgerichte mit eingeschränkter sachlicher Zuständigkeit ausserhalb der ordentlichen Gerichtsorganisation zu konstituieren¹⁶³. Vorausgesetzt wäre hingegen, dass Swiss FDR auf formellgesetzlicher Grundlage errichtet wird (vorn D.II.1.) und dass die Unabhängigkeit der entscheidungsbefugten Organe von Swiss FDR garantiert ist (hinten D.II.3.).

3. Personelle und institutionelle Unabhängigkeit

Da Swiss FDR als «richterliche Behörde» i.S.v. Art. 29a BV auszugestalten ist (vorn D.II.2.), gilt es, das verfassungsmässige Gebot richterlicher Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zwingend zu beachten. Unabhängigkeit ist nicht nur in personeller (Art. 30 Abs. 1 BV), sondern insbesondere auch institutioneller (Art. 191c BV) Hinsicht sicherzustellen¹⁶⁴. Dafür wären folgende Vorkehrungen zu treffen:

- Zum einen wäre ein *unabhängiges Wahlgremium* erforderlich. Punkto Unabhängigkeit erscheint eine Wahl durch Regierung, Parlament oder die FINMA ideal¹⁶⁵; aus Gründen der politischen Akzeptanz angemessener wäre aber wohl ein paritätisch besetztes Wahlgremium mit Vertretern der öffentlichen Hand, Konsumentenschutzdelegierten und Vertretern der

¹⁵⁷ Eine separate Prüfung der Rechtsweggarantien gemäss EMRK (Art. 6 Ziff. 1, Art. 5 Abs. 4 und Art. 13) erübrigt sich, da Art. 29a BV einen weiter gefassten Schutzbereich aufweist. Siehe hierzu HANS PETER WALTER, Justizreform, in: P. Gauch/D. Thürer (Hrsg.), Die neue Bundesverfassung – Analysen, Erfahrungen, Ausblick, Zürich 2002, 131 f.; RENÉ RHINOW/MARKUS SCHEFER Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009, N 2830 ff.

¹⁵⁸ Art. 29a Abs. 1 BV: «Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen».

¹⁵⁹ ANDREAS KLEY, Kommentar zu Art. 29a BV N 15, in: B. Ehrenzeller/Ph. Mastronardi/R. J. Schweizer/K. A. Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, 2. A., Zürich/St. Gallen 2008. In der Schweiz gibt es kein verfassungsmässiges Rechtsprechungsmonopol der Gerichte; in Deutschland wird ein solches hingegen aus Art. 92 Grundgesetz abgeleitet. Nach VON HIPPEL (FN 76), 23 m.w.H., würde deshalb ein gesetzlich verankertes, obligatorisches Verfahren vor einer entscheidungsbefugten Ombudsstelle gegen das Justizgewährungsprinzip (Art. 19 Abs. 4 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) verstossen.

¹⁶⁰ Selbst Schiedsgerichte und Organe von Berufsverbänden, wie etwa Ärzte- und Anwaltskammern, werden unter den vorgenannten Voraussetzungen als «richterliche Behörden» i.S.v. Art. 29a BV qualifiziert. Zum Ganzen REGINA KIENER, Richterliche Unabhängigkeit, Habil., Bern 2001, 38 f., 316 f. (insbes. FN 371 und FN 372).

¹⁶¹ Botschaft Justizreform, BBl 1997 523; TOBIAS JAAG, Die Verfahrensgarantien der neuen Bundesverfassung, in: Gauch/Thürer (FN 157), 28 ff.; KLEY (FN 159), Art. 29a BV N 5 f., N 9 f., N 15; WALTER (FN 157), 131 ff.; RHINOW/SCHEFER (FN 157), N 2829,

N 2834; GEROLD STEINMANN, in: Ehrenzeller et al. (FN 159), Art. 29 N 4 f., Art. 30 N 4.

¹⁶² KLEY (FN 159), Art. 29a BV N 7 m.w.H.

¹⁶³ KIENER (FN 160), 120 ff., 311 ff.

¹⁶⁴ KIENER (FN 160), 225 ff.; WALTER (FN 157), 133 f.

¹⁶⁵ So wird etwa das 10-köpfige Direktorium («Board») des FOS (FN 48) in England vollkommen unabhängig von Finanzindustrie und Konsumentenschutzverbänden allein durch die FSA ernannt. Das «Board» seinerseits ist für die Wahl und die Aufsicht über die operativ tätigen Ombudspersonen zuständig. Einzelheiten unter <www.fos.org.uk/about/board.html> sowie bei: RHODA JAMES/PHILIP MORRIS, The new Financial Ombudsman Service in the United Kingdom: Has the second generation got it right?, in: Ch. Rickett/T. Telfer (Hrsg.), International Perspectives on Consumers' Access to Justice, Cambridge 2003, 167 ff.

Finanzindustrie. Diesfalls wäre jedoch sicherzustellen, dass die Industrievertreter in der Minderheit sind und von den übrigen Mitgliedern überstimmt werden können¹⁶⁶. Zur Stärkung der institutionellen Unabhängigkeit sollte die Wahl zweistufig erfolgen, indem das paritätisch zusammengesetzte Wahlgremium zunächst ein für strategische Fragen zuständiges, nicht operativ tätiges Organ («Board», «Direktorium» bzw. «Stiftungsrat») wählt; letzteres wäre dann seinerseits für die Wahl der Ombudspersonen und der Mitglieder des Disputes Committee zuständig¹⁶⁷. Die Weisungsunabhängigkeit gegenüber dem Direktorium wäre strikte zu wahren.

- Zum anderen wären besondere, gesetzlich oder zumindest reglementarisch zu verankernde *Wahlvoraussetzungen* vorzusehen. Neben spezifischer Fachkompetenz und Erfahrung¹⁶⁸ müsste ein Bewerber nachweisen können, dass Interessenkonflikte im Grundsatz ausgeschlossen werden können; letzteres ist gerade mit Blick auf die paritätische Besetzung von Bedeutung¹⁶⁹. In Anlehnung an internationale Standards sollte die Wählbarkeit von Bewerbern, die innert der drei vorangehenden Jahre im Dienste eines von Swiss FDR zu beurteilenden Unternehmens gestanden haben oder die sich während dieser Zeitperiode als Interessenvertreter für den Finanzsektor engagiert haben, reglementarisch von einer Wahl aus-

geschlossen werden¹⁷⁰. Zudem sollte ein Verbot von Nebentätigkeiten, welche zu Interessenkonflikten führen können, wie etwa die rechtliche Beratung von Finanzdienstleistern, reglementarisch verankert werden. Schliesslich wären klar definierte Ausstandsgründe und Vorschriften zur Ermittlung von Befangenheit im Einzelfall erforderlich¹⁷¹. Unter diesem Blickwinkel scheint es unumgänglich, nicht nur das Disputes Committee als mehrköpfiges Gremium zu konzipieren, sondern auch mehrere Ombudspersonen für Swiss FDR zu bestellen¹⁷².

Schliesslich ist zwecks Wahrung von Unabhängigkeit von allzu restriktiven *Amtszeitbeschränkungen* und der Möglichkeit, die Ombudsperson ohne zureichende Gründe ihres Amtes zu entheben, abzusehen¹⁷³.

III. Effektivität und Effizienz im Verfahren

ADR-Systeme sollten sich von einem herkömmlichen Zivilverfahren durch höhere Effektivität¹⁷⁴ und Effizienz¹⁷⁵ abheben¹⁷⁶. Bei der Konzipierung des vor Swiss FDR zur Anwendung kommenden Verfahrens sind deshalb folgende Aspekte zu beachten:

¹⁶⁶ WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 31. Siehe hierzu etwa die Regelung zur Wahl des Schiedsrichter-Panels des ABF in Italien (FN 146); im Wahlgremium sind die Konsumentenschutzverbände, die Verbände der Finanzbranche und die Banca d'Italia vertreten (<www.arbitrobancariofinanziario.it/chiSiamo/collegi>). Auch die Ombudscom (FN 86) weist einen paritätisch besetzten Stiftungsrat auf. Siehe <www.ombudscom.ch/de/about/stiftung/stiftungsrat/index.html>.

¹⁶⁷ So explizit die Empfehlung in den WORLD BANK FUNDAMENTALS (FN 129), 32. Zweistufige Wahlsysteme gibt es heute bereits für den FOS in England (FN 166; <www.fos.org.uk/about/board.html>), Irland (<www.financialombudsman.ie/about-us/council.asp>) und Australien (<www.fos.org.au/centric/home_page/about_us/our_board.jsp>). Siehe hierzu auch die Regelung für die Wahl der Ombudsperson nach Art. 91 des BG über Radio und Fernsehen (RTVG; SR 784.40): Als Wahlgremium amtiert die Unabhängige Beschwerdeinstanz (UBI), welche aus neun nebenamtlichen, vom Bundesrat gewählten Mitgliedern besteht (Art. 82 RTVG).

¹⁶⁸ In Deutschland etwa muss ein Bewerber für das Amt des Ombudsmanns der privaten Banken über die Befähigung zum Richteramt verfügen. Siehe BVO (FN 115) Abschnitt 1 Ziff. 3. Siehe hierzu auch GUDE (FN 71), 51; VON HIPPEL (FN 76), 11.

¹⁶⁹ Zumindest im Grundsatz sind paritätisch besetzte Spezialgerichte mit Art. 30 Abs. 1 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK vereinbar; die Unparteilichkeit kann jedoch im Einzelfall in Frage gestellt sein. Siehe hierzu BGE 126 I 235 ff., 237 E. 2b., E. 2d.

¹⁷⁰ EU-Empfehlung (FN 138), 33, Ziff. I.; WORLD BANK FUNDAMENTALS (FN 129), 31. Für ein konkretes Beispiel vgl. BVO (FN 115) Abschnitt 1 Ziff. 3. GUDE (FN 71), 54, fordert gar, dass die fragliche Person «zu keiner Zeit in einem Beschäftigungsverhältnis» zu einem Finanzinstitut oder einem Branchenverband gestanden haben darf. Dies geht m.E. jedoch zu weit.

¹⁷¹ Für Beispiele siehe etwa BVO (FN 115) Abschnitt 1 Ziff. 5; Reglement Ombudscom (FN 86), Art. 8.

¹⁷² EU-Empfehlung (FN 138), 33, Ziff. I.

¹⁷³ EU-Empfehlung (FN 138), 33, Ziff. I.; WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 32. Für ein Beispiel vgl. BVO (FN 115) Abschnitt 1 Ziff. 1, wonach eine Abberufung vor Ablauf der Amtszeit nur dann zulässig ist, «wenn Tatsachen vorliegen, die eine unabhängige Erledigung der Schlichtertätigkeit nicht mehr erwarten lassen, wenn [der Ombudsmann] nicht nur vorübergehend an der Wahrnehmung seines Amtes gehindert ist» oder wenn ähnliche Gründe vorliegen.

¹⁷⁴ Der von einem ökonomischen Grundverständnis geprägte Begriff der Effektivität bezieht sich auf die Wirksamkeit eines regulierenden Eingriffs, indem er dessen Eignung zur Erreichung eines bestimmten, gesetzgeberischen Ziels hinterfragt. Statt Vieler vgl. SABINE KILGUS, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil., Zürich 2007, 241 ff., N 482 ff.; PETER J. JOST, Effektivität von Recht aus ökonomischer Sicht, Berlin 1998, 57 ff. m.w.H.

¹⁷⁵ Unter dem Titel der Effizienz werden regulierende Eingriffe im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Wirkung und eingesetzten Mitteln bewertet. Statt Vieler vgl. HORST EIDENMÜLLER, Effizienz als Rechtsprinzip, Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, Diss. München 1994, 3. A., Tübingen 2005, 463 ff.

¹⁷⁶ GUDE (FN 71), 195 ff.; VON HIPPEL (FN 76), 209 ff.; FERRAN (FN 78), 16 ff.

1. Flächendeckendes Obligatorium

Für die Wirksamkeit von Swiss FDR ist ein möglichst flächendeckender Geltungsbereich in Form eines gesetzlich verankerten *Obligatoriums mit Einlassungszwang* erforderlich¹⁷⁷. Denn ein einheitliches Streitbeilegungssystem für sämtliche «B2C»-Finanzdienstleistungstreitigkeiten fördert nicht nur den Konsumentenschutz, sondern erlaubt auch die Nutzung von Synergieeffekten, ermöglicht den nachhaltigen Aufbau von spezifischem Know How und stellt gleichzeitig die Gleichbehandlung aller Marktakteure sicher¹⁷⁸.

Vor diesem Hintergrund wäre es sinnvoll, wenn sich die *sachliche Zuständigkeit* von Swiss FDR nicht nur auf Finanzdienstleistungen am Point of Sale, sondern auch auf Streitigkeiten zwischen Kunden und «Produzenten» von Finanzprodukten erstrecken würde¹⁷⁹. Sofern auch Kundenbeschwerden aus dem Versicherungssektor von Swiss FDR beurteilt werden sollen, wäre der Geltungsbereich auf jene Versicherungszweige zu beschränken, die der Aufsicht durch die FINMA unterstellt sind¹⁸⁰. Um den Kompetenzrahmen von Swiss FDR möglichst klar zu definieren, wäre es allenfalls sinnvoll, diesen nicht nur institutionell mit einem Verweis auf alle der Aufsicht der FINMA unterstellten Institute anzuknüpfen, sondern zudem auch funktional über eine Liste einschlägiger Tätigkeiten zu definieren¹⁸¹. Andernfalls könnten z.B. Beschwerden gegen Kreditvermittler nicht von Swiss FDR beurteilt werden, was angesichts der Bedeutung des Konsumkreditgeschäfts sachlich nicht vertretbar wäre¹⁸². Und

auch im Bereich der unabhängigen Vermögensverwalter und Anlageberater, die zumindest *de lege lata* nicht von der FINMA prudentiell beaufsichtigt werden¹⁸³, würde ohne funktionelle Anknüpfung eine empfindliche Lücke in der sachlichen Zuständigkeit von Swiss FDR klaffen.

Mit Blick auf die *persönliche Zuständigkeit* sollte die Kompetenz von Swiss FDR entgegen den Vorschlägen im FINMA-Vertriebsbericht nicht auf Beschwerden von natürlichen Personen beschränkt werden¹⁸⁴. Kleinunternehmen, welche bezüglich Verhandlungsmacht in einer ähnlich schwachen Position sind wie Privatanleger, sollte der Zugang zu einem informellen und kostenlosen Verfahren vor Swiss FDR nicht versagt werden¹⁸⁵. Es wäre Sache des Gesetzgebers, geeignete Schwellenwerte – namentlich bezüglich Jahresumsatz und/oder Anzahl Beschäftigte – zur Abgrenzung dieser Kleinunternehmen zu definieren¹⁸⁶.

2. Zugang zum Recht durch kostenloses und laienfreundliches Verfahren

Effektiv ist ein ADR-System nur dann, wenn für geschädigte Kunden ein ungehinderter Zugang gewährleistet ist; dies ist primär durch den *Abbau von Kostenbarrieren* zu verwirklichen. Für Kunden sollte das Verfahren vor Swiss FDR daher grundsätzlich kostenlos sein¹⁸⁷, zumal auch bei relativ geringen Bearbeitungsgebühren eine prohibitive Wirkung nicht ganz ausgeschlossen werden kann¹⁸⁸.

¹⁷⁷ VON HIPPEL (FN 76), 180 f., 202, 209, 237 ff. Für ein Beispiel eines Einlassungszwangs siehe Art. 47 Abs. 1 FDV (FN 140).

¹⁷⁸ WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 34. Beispiele für flächendeckend zuständige Ombudsstellen für Finanzdienstleistungstreitigkeiten gibt es heute bereits in England (FN 110), Irland (FN 111) und Australien (FN 112). Wie ein Blick auf die Mitgliederliste von FIN-NET (FN 79) zeigt, steht ein derartiger Konzentrationsprozess in vielen europäischen Ländern jedoch noch aus.

¹⁷⁹ CONTRATTO (FN 2), N 63. Die diesbezügliche Position der FINMA ist jedoch noch unklar. Siehe FINMA-VB (FN 2), 43, 68.

¹⁸⁰ Die Ombudsstelle für Privatversicherungen ist heute nämlich auch für Kundenbeschwerden aus einzelnen Sozialversicherungszweigen zuständig (UVG, MVG und BVG, sofern Sammelstiftungen bei schweizerischen Lebensversicherungen betroffen sind). Siehe <www.versicherungsombudsman.ch/html/guide_d.html>.

¹⁸¹ Als Beispiel für eine funktionale Anknüpfung des Zuständigkeitsbereichs vgl. FSA-Handbook, «Dispute Resolution» (<<http://fsahandbook.info/FSA/html/handbook/DISP/2/3>>). Siehe hierzu auch FSA-CP 10/21 (FN 125), 15 ff., N 54 ff.

¹⁸² Nach Art. 39 Abs. 1 KKG (Konsumkreditgesetz vom 23.3.2001; SR 221.214.1) unterstehen Kreditvermittler nämlich nur einer kantonalen Bewilligungspflicht, nicht aber der Aufsicht durch die FINMA.

¹⁸³ De lege ferenda schlägt die FINMA die Einführung einer blossen Registrierungspflicht ohne fortdauernde, prudentielle Aufsicht vor. Siehe FINMA-VB (FN 2), 35, 54 ff., 70. Kritisch CONTRATTO (FN 2), N 54.

¹⁸⁴ FINMA-VB (FN 2), 18.

¹⁸⁵ Letzteres ist umso mehr gerechtfertigt, als es juristischen Personen bereits heute gestattet ist, dem Banken- bzw. dem Versicherungsombudsmann eine Beschwerde vorzulegen. So schon FUHRER (FN 1), 10; VON HIPPEL (FN 76), 213 ff.; GUDE (FN 71), 193.

¹⁸⁶ In England besteht Zugang zum FOS für Unternehmen mit weniger als 5 Angestellten und weniger als £ 1 Mio. Jahresumsatz, in Irland bei weniger als EUR 3 Mio. Jahresumsatz und in Neuseeland bei maximal 19 Vollzeitstellen.

¹⁸⁷ Dieser Grundsatz wurde fast bei sämtlichen der vorne (C.II.3.) porträtierten Streitbeilegungssysteme umgesetzt. Minimale Bearbeitungsgebühren werden jedoch im Verfahren vor dem KiFid-Disputes Committee (50 €; FN 107) und vor dem Arbitro BancarioFinanziario (20 €; FN 123) erhoben.

¹⁸⁸ WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 33. Zur Bedeutung der Kostenlosigkeit für den Zugang zum Recht siehe BIOA-Principles (FN 136), Ziff. 3 lit. c (iv); ANZOA-Benchmarks (FN 137), 12, Ziff. 1.11; EU-Empfehlung (FN 138), 34 Ziff. IV. Siehe hierzu auch FINMA-VB (FN 2), 43; VON HIPPEL (FN 76), 229 ff.; 275. A.M. hingegen SCHERPE (FN 76), 131, der die Erhebung einer Grundgebühr von Kunden per se für vertretbar hält.

Zurückhaltung wäre hingegen bei der Zusprache von Parteientschädigungen angebracht¹⁸⁹.

Die *Finanzierung* von Swiss FDR sollte primär durch Beiträge der Finanzindustrie sichergestellt werden¹⁹⁰, allenfalls ergänzt durch marginale Zuschüsse der öffentlichen Hand¹⁹¹. Mit dem Unabhängigkeitserfordernis (vorn C.II.) ist dies grundsätzlich vereinbar¹⁹², sofern gewährleistet ist, dass Swiss FDR in der Verwendung der Mittel autonom ist. Die (finanzielle) Rechenschaftsablage sollte deshalb nur gegenüber der für die Aufsicht zuständigen Behörde erfolgen¹⁹³, nicht jedoch gegenüber den beitragsleistenden Finanzinstituten.

Mit Blick auf das *Verursacherprinzip* dürfte eine Kombination von fallbezogenen Gebühren mit Grundgebühren, welche nach Art der Tätigkeit und nach dem Umsatz der jeweiligen Finanzinstitute bemessen werden, Sinn machen¹⁹⁴. Bei der Festsetzung dieser Gebühren sollte Swiss FDR eine gewisse Autonomie eingeräumt werden; der diesbezügliche Handlungsspielraum bleibt allerdings begrenzt, zumal die für Kausalabgaben geltenden, verfassungsmässigen Vorgaben (Legalitäts-, Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip) zu beachten sind¹⁹⁵.

Um den Zugang zum Recht für Retailkunden sicherzustellen, ist schliesslich ein informelles, *laienfreundliches Verfahren* erforderlich. Zu diesem Zweck sollte Kunden ein Formulargesuch zur Deponierung einer Be-

schwerde zur Verfügung gestellt werden¹⁹⁶. Informationen zu den Voraussetzungen und zum Ablauf des Verfahrens sollten öffentlich zugänglich sein¹⁹⁷, wobei ergänzend dazu auch die Möglichkeit bestehen sollte, bei Fragen mit der Geschäftsstelle von Swiss FDR telefonisch Kontakt aufzunehmen und sich beraten zu lassen. Insgesamt soll mit diesen Vorkehrungen Gewähr dafür geboten werden, dass Beschwerden i.d.R. direkt durch betroffene Kunden geltend gemacht werden können¹⁹⁸.

3. Verfahrensökonomie durch mehrstufiges Verfahren («Med-Arb»)

Ein wesentlicher Vorteil des klassischen Ombudswesens (vorn C.II.1.) liegt darin, dass Verfahren viel rascher abgeschlossen werden können, als vor herkömmlichen Zivilgerichten¹⁹⁹. Bei der Konzipierung des vor Swiss FDR zur Anwendung kommenden Verfahrens gilt es, diesen Vorteil so weit als möglich zu erhalten, gleichzeitig aber auch den Rechtsschutz der Kunden zu verbessern. Dieses Ziel soll durch ein mehrstufiges Streitbeilegungsverfahren des Typs «Med-Arb» (vorn C.II.3.) erreicht werden, wobei aus Gründen der Verfahrensökonomie stets eine Erledigung in einem möglichst frühen Verfahrensstadium angestrebt wird.

a. Stufe 1: Internes Kundenbeschwerdeverfahren

Zur Schonung der Ressourcen von Swiss FDR sollten Kunden dazu verpflichtet werden, vorerst das interne Beschwerdeverfahren des involvierten Finanzdienstleisters auszuschöpfen; diese Regelung ist bereits heute weit verbreitet²⁰⁰. Um zu verhindern, dass sich diese Vorgabe

¹⁸⁹ Dies gilt primär für Anwaltskosten, zumal es zumutbar sein sollte, einen Anspruch auch ohne Rechtsbeistand geltend zu machen. Zum Ganzen von HIPPEL (FN 76), 231; GUDE (FN 71), 131.

¹⁹⁰ Dies ist bei den vorne (C.II.3.) porträtierten Streitbeilegungssystemen fast durchwegs der Fall. Für weitere Finanzierungsmodelle vgl. FSA-CP 10/21 (FN 125), N 61 ff. Wenig überzeugend ist m.E. der Vorschlag im FINMA-VB (FN 2), 43, wonach Kunden sich gegen Entrichtung einer jährlichen Gebühr den Zugang zu einer Ombudsstelle sichern könnten (sog. *opting-in*).

¹⁹¹ WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 32. Die Rechtfertigung von Beiträgen der öffentlichen Hand liegt weniger in der Entlastungsfunktion für den staatlichen Gerichtsapparat, als darin, notorische Machtasymmetrien bei «B2C-Streitigkeiten» analog zum «sozialen Zivilprozess» (FN 1) im Miet- oder Arbeitsrecht auszugleichen.

¹⁹² Die anfallenden Kosten dürften ohnehin über höhere Preise wieder auf die Kunden bzw. auf die Allgemeinheit überwältzt werden. So zumindest die Vermutungen bei von HIPPEL (FN 76), 230; GUDE (FN 71), 131; JAMES (FN 74), 208.

¹⁹³ Dafür käme die FINMA oder allenfalls das EFD in Frage (vorne D.II.1., insbes. FN 156).

¹⁹⁴ Dieses Finanzierungsmodell kommt heute z.B. beim FOS in Irland (FN 111) zur Anwendung. Siehe <www.financialombudsman.ie/legislation-regulations/Levies%20payable%20in%202011.pdf>).

¹⁹⁵ Für einen konkreten Anwendungsfall siehe BVGer-Urteil A-6464/2008 vom 6.4.2010, insbes. E. 9 (Überprüfung des Gebührenreglements der Ombudscom [FN 86] auf Einhaltung der verfassungsmässigen Prinzipien).

¹⁹⁶ Für entsprechende Vorlagen siehe <www.ombudsman-assurance.ch> und <www.ombudscom.ch>.

¹⁹⁷ Zur Sicherstellung von Transparenz für das Publikum siehe hinten D.IV.1.

¹⁹⁸ WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 38 ff. Umgekehrt wäre es unzulässig, Kunden das Recht auf professionelle Vertretung generell zu versagen. So explizit EU-Empfehlung (FN 138), 34, Ziff. IV und Ziff. VII; 209 f. De lege lata dürfen jedoch nur nicht anwaltlich vertretene Kunden eine Beschwerde vor dem schweizerischen Versicherungsombudsmann vorbringen; eine anwaltliche Vertretung vor dem Bankenombudsman ist hingegen zulässig. Hierzu: GUDE (FN 71), 166; von HIPPEL (FN 76), 184.

¹⁹⁹ GUDE (FN 71), 38 f., 208 (für eine Evaluation der Verfahrensdauer in bestehenden Ombudsstellen); von HIPPEL (FN 76), 257 ff.

²⁰⁰ Derartige Vorgaben gelten etwa im Verfahren vor dem FOS (FN 48) in England sowie in Form des sog. Abhilfeverfahrens vor dem Ombudsmann der privaten Banken in Deutschland. Weitere Beispiele bei von HIPPEL (FN 76), 257 f. Siehe hierzu auch WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 37; FINMA-VB (FN 2), 43.

prohibitiv auswirkt²⁰¹, wären jedoch flankierende *aufsichtsrechtliche Standards* unabdingbar: Zunächst wären die Finanzdienstleister dazu zu verpflichten, schlanke Prozesse zur Behandlung von Kundenbeschwerden zu schaffen, wobei klare Zuständigkeitsregelungen und kurze Erledigungsfristen vorgesehen werden müssten²⁰²; zu Kontrollzwecken wäre die Zahl der intern geführten Beschwerden zusammen mit der jeweiligen Erledigungsdauer periodisch offen zu legen²⁰³. Zudem müsste mittels aufsichtsrechtlicher Informationspflichten sichergestellt werden, dass Kunden akkurat über die Modalitäten des internen Kundenbeschwerdeverfahrens und über die Möglichkeit zur Einreichung einer Beschwerde bei Swiss FDR orientiert werden²⁰⁴. Zu diesem Zweck wären die Finanzdienstleister dazu zu verpflichten, Kunden den erfolglosen Abschluss eines Kundenbeschwerdeverfahrens zuhanden von Swiss FDR zu bescheinigen.

b. Stufe 2: Schlichtung durch eine Ombudsperson

Im Anschluss an eine *formale Vorprüfung* durch die Geschäftsstelle von Swiss FDR²⁰⁵ sollten Kundenbeschwerden in der zweiten Verfahrensphase nach dem Vorbild einer *Early Neutral Evaluation*²⁰⁶ beurteilt werden: Dabei evaluiert eine Ombudsperson mit einschlägigen Erfahrungen und Kenntnissen die Stärken und Schwächen der jeweiligen Parteipositionen auf Basis eines einfachen Schriftenwechsels – oder in Ausnahmefällen gestützt auf eine Anhörung²⁰⁷ – und führt zunächst ohne vorherige Be-

kanntgabe ihrer Schlussfolgerungen Vergleichsgespräche mit den Parteien durch²⁰⁸. Erst wenn sich auch nach Bekanntgabe der Evaluation keine einvernehmliche Lösung abzeichnet, wäre das Schlichtungsverfahren abzuschliessen mit dem Hinweis auf die Möglichkeit einer Beurteilung durch das Disputes Committee (hinten D.III.3.c). Aus Gründen der Verfahrensökonomie wäre der Ombudsperson in teilweiser Analogie zu Art. 212 Abs. 1 ZPO die Befugnis einzuräumen, *Bagatellfälle* bis zu einem Streitwert von 5'000 Franken *abschliessend zu beurteilen*²⁰⁹.

c. Stufe 3: Entscheidung durch das Disputes Committee

Die Effektivität eines Streitbeilegungssystems für «B2C-Streitigkeiten» hängt anerkanntermassen davon ab, dass die Entscheide von der Industrie auch befolgt werden²¹⁰. Zur Verwirklichung dieses Ziels kommen verschiedene Verfahrensmodelle in Frage, deren jeweilige *Vor- und Nachteile* es nachfolgend zu evaluieren gilt²¹¹:

i. Modell 1: Einseitig bindende Entscheide

Mit Blick auf die Durchschlagskraft von Swiss FDR ideal wäre ein Verfahren, das zu Entscheiden mit einseitiger *rechtlicher Bindungswirkung* für die Finanzindustrie führt²¹². Da Finanzdienstleister nach dem vorliegend vorgeschlagenen Konzept (vorn D.III.1.) von Gesetzes wegen zwingend der Spruchkompetenz des Disputes

²⁰¹ Für anschauliche Negativbeispiele siehe JAMES (FN 74), 205 ff.

²⁰² BIOA-Principles (FN 136), Ziff. 3 lit. b). Für Beispiele derartiger Regelungen siehe VON HIPPEL (FN 76), 257 f.

²⁰³ Denkbar wäre eine Rechenschaftsablage gegenüber Swiss FDR und/oder gegenüber der FINMA. Siehe hierzu die Vorschläge der FSA im CP 33 (FN 48), 54 f., Ziff. 6.28 ff., insbes. Ziff. 6.31.

²⁰⁴ Kritisch zum bisherigen Verhalten der Industrie JAMES (FN 74), 205. Siehe hierzu auch hinten D.IV.1., insbes. FN 254.

²⁰⁵ Zu prüfen wäre etwa, ob die Zuständigkeit von Swiss FDR überhaupt gegeben ist und ob das interne Kundenbeschwerdeverfahren (vorn D.III.3.a) erfolglos durchlaufen wurde. Eingehend SCHERPE (FN 76), 116 f., 132 i.f.

²⁰⁶ Zu dieser Verfahrensart MEYER (FN 71), 19 f.; SCHÜTZ (FN 77), 52 N 146 f.

²⁰⁷ Aussagen der Parteien dürften jedoch weder protokolliert noch später im Entscheidungsverfahren durch das Disputes Committee verwendet werden (analog: Art. 205 Abs. 1 ZPO). Um eine rasche Erledigung sicherzustellen, wäre der Kreis der zugelassenen Beweismittel auf Urkundenbeweise zu begrenzen. Diese Regelung gilt bereits heute im Verfahren vor dem Schweizerischen Bankenombudsman. Bei der Ombudsstelle des Deutschen Bankenverbands (FN 107) ist jedoch ausnahmsweise ein mündlicher Parteivortrag zugelassen. Zum Ganzen GUDE (FN 71), 34, 166. Siehe hierzu auch Art. 203 f. ZPO.

²⁰⁸ Beim FOS in England (FN 48) werden über 90 % der Fälle auf diesem Weg gelöst; allerdings erfolgt dort die Early Neutral Evaluation nicht durch einen Ombudsman, sondern durch Hilfskräfte des FOS. Eingehend MERRICKS (FN 116), 137.

²⁰⁹ Hierfür wären folgende Änderungen am heutigen Text der ZPO erforderlich: Nebst einer Anhebung des Streitwerts von 2'000 Franken (Art. 212 Abs. 1 ZPO) auf 5'000 Franken bestünde auch mit Blick auf Art. 5 Abs. 1 lit. h i.V.m. Art. 198 lit. f ZPO Anpassungsbedarf; diese Bestimmungen schliessen nämlich ein Schlichtungsverfahren für alle Streitfälle aus, die sich aus Bestimmungen des Börsen- und Kollektivanlagengesetzes ergeben. Um in Zukunft eine Zuständigkeit von Swiss FDR auch in diesen Gebieten zu begründen (man denke insbesondere an Verletzungen von Art. 11 BEHG), wären diese Bestimmungen zu ändern.

²¹⁰ BIOA-Principles (FN 136), Ziff. 3 lit. e); WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 39; FSA Consultation Paper 4, Consumer Complaints, 1997 (CP 4/97; <www.fsa.gov.uk/pubs/cp/cp04.pdf>), Ziff. 77. So auch JAMES (FN 74), 213; VON HIPPEL (FN 76), 11, 198 ff., 275; SCHERPE (FN 76), 198 ff. Illustrativ in diesem Kontext ist die vielzitierte Aussage von Dame Mary Donaldson, der langjährige Vorsitzenden der Britischen Bankenombudsstelle, wonach der Ombudsman als «Wachhund» nicht nur bellen, sondern auch beißen können müsse (zit. nach VON HIPPEL [FN 76], 198 Fn. 38, 260 f.).

²¹¹ Siehe hierzu auch die Fragestellungen in WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 29 f.

²¹² VON HIPPEL (FN 76), 198 ff.

Committee unterworfen wären, müsste das Verfahren «*gerichtsähnlich*» ausgestaltet werden²¹³. Zusätzlich zur der Ausgestaltung des Disputes Committee als unabhängige «*richterliche Behörde*» (vorn D.II.2. und 3.) wäre den verfassungs- und völkerrechtlichen *Verfahrensgarantien* Rechnung zu tragen²¹⁴. Dies führt zumindest potentiell zu einem Zielkonflikt, da dadurch essentielle Vorzüge des traditionellen Ombudswesens, wie etwa Zügigkeit, Informalität, Flexibilität, Laienfreundlichkeit und Vertraulichkeit, verloren zu gehen drohen²¹⁵.

Besonders relevant ist vor diesem Hintergrund die Frage, ob aufgrund von Art. 6 Ziff. 1 EMRK zwingend eine *mündliche Verhandlung* durchzuführen wäre und ob die Entscheidungen stets *öffentlich zu verkünden* wären. Derzeit deutet Vieles darauf hin, dass Art. 6 Abs. 1 EMRK nicht derart restriktiv auszulegen ist: In einer Beschwerde betreffend den Financial Ombudsman Service aus England hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Juli 2011 nämlich betont, sofern sich eine konkrete Rechtsstreitigkeit auf Basis umfassender Akten fair und vernünftig beurteilen lasse, verlange Art. 6 Ziff. 1 EMRK nicht zwingend die Durchführung einer mündlichen Verhandlung; gerade aus Konsumentenschutzgründen sei es überaus sinnvoll, Kundenbeschwerden in einem möglichst raschen, weitestgehend informellen Verfahren zu beurteilen²¹⁶. Der EGMR hielt zudem fest, die Konformität mit Art. 6 Ziff. 1 EMRK sei stets im Lichte des gesamten Instanzenzuges zu beurteilen und erachtete es im strittigen Fall als ausreichend, dass dem Anspruch auf eine mündliche Verhandlung bzw. auf ein öffentliches Urteil nicht bereits im Verfahren vor dem Financial Ombudsman Service, sondern erst im Rahmen

eines Weiterzugs (sog. Judicial Review) an den Court of Appeal Genüge getan wurde²¹⁷.

Wenngleich bei der Konzipierung des Verfahrens somit ein gewisser Spielraum besteht, wären zwecks Konformität mit Verfahrensgrundrechten und anerkannten Standards folgende Eckwerte einzuhalten:

- Die *Entscheidung* des Disputes Committee sollten durchwegs *begründet* und *veröffentlicht* werden²¹⁸. Dadurch wird nicht nur der Kontrollzweck der öffentlichen Urteilsverkündung von Art. 6 Abs. 1 EMRK erfüllt²¹⁹, sondern auch Transparenzanliegen der Öffentlichkeit Genüge getan und ein Beitrag zur Rechtsfortbildung geleistet (hinten D.IV.III.). Den Parteien wäre zudem die Möglichkeit zu eröffnen, auf *Gesuch* hin die Durchführung einer *mündlichen Verhandlung* zu beantragen²²⁰.
- Bei der Entscheidungsfindung ist das Disputes Committee *an geltendes Recht gebunden*, namentlich an zwingende Normen, die dem Anleger- bzw. Kundenschutz dienen²²¹. Diesen Umstand gilt es deshalb besonders zu betonen, weil herkömmliche Ombudsstellen sich oft auch von Billigkeitserwägungen leiten lassen dürfen²²² und in Einzelfällen sogar gegen geltendes Recht entscheiden dürfen²²³.
- Der obligatorische Charakter von Swiss FDR darf nicht zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Parteien führen; deswegen wären angemessene *Rechtsschutzmechanismen* und *Weiterzugsmöglichkeiten* zu schaffen²²⁴. Als Rechtsmittelbehörde

²¹³ So schon FRITZ REICHERT-FACILIDES, Rechtsschutz in Privatversicherungssachen – Zivilgericht, Aufsichtsbehörde, Ombudsmann?, Wien 1984, 19; WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 15 f. Sinn-gemäss auch JAMES (FN 74), 204.

²¹⁴ Art. 29 Abs. 1, Abs. 2 BV; Art. 30 Abs. 3 BV; Art. 6 Ziff. 1 EMRK; hierzu eingehend JAAG (FN 161), 28 ff.; KLEY (FN 159), Art. 29a N 8 f.; STEINMANN (FN 161), Art. 29 N 4 f., Art. 30 N 4; RHINOW/SCHEFER (FN 157), N 3030 ff. Dem Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Art. 29 Abs. 3 BV) kommt vorliegend jedoch keine Bedeutung zu (zur Kostenlosigkeit vorne D.III.2).

²¹⁵ VON HIPPEL (FN 76), 182 f., 203; GUDE (FN 71), 37.

²¹⁶ EGMR vom 14.6.2011 i.S. *Heather Moor & Edgecomb Ltd v United Kingdom*, ECHR 1550/09 [2011] 1019. Schon früher hatte der EGMR überdies entschieden, dass eine Pflicht zur Durchführung einer öffentlichen Gerichtsverhandlung nur bei Vorliegen eines klaren Parteiantrags besteht; blosser Beweisabnahmeanträge, wie die Durchführung einer persönlichen Befragung, reichen nicht aus (EGMR-Urteil i.S. *Hurter v. Schweiz*, 15.12.2005, BGE 134 I 140 ff., 148, Nr. 53146/99, Ziff. 34; BGE 130 II 425, 431 E. 2.4).

²¹⁷ Für Kommentierungen siehe <www.herbertysmith.com/NR/rdonlyres/2CDFA5FF-26E7-4C50-9CAB-027206B1CF34/0/Publiclaw80711.html>; <www.out-law.com/page-12094>; <http://blog.rpc.co.uk/regulatory-law/fos-does-not-breach-human-rights>.

²¹⁸ EU-Empfehlung (FN 138), 34, Ziff. V («*Rechtsmässigkeit*»); WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 39.

²¹⁹ EGMR vom 8.12.1983 i.S. *Pretto u.a. v. Italien*, Nr. 71 (EuGrZ 1985, 548, N 27).

²²⁰ Für ein Beispiel einer derartigen Regelung siehe FSA-Handbook (FN 110), Disp. 3.5.6..

²²¹ Zur Bindung an das Recht siehe EU-Empfehlung (FN 138), 34, Ziff. V («*Rechtsmässigkeit*»).

²²² So namentlich etwa der Schweizerische Bankenombudsman. Hierzu VON HIPPEL (FN 76), 185.

²²³ Dies gilt für den FOS in England (FN 48), sofern er sich mit den rechtlichen Grundlagen auseinandergesetzt hat, dann aber zum Schluss kommt, dass die vom Recht abweichende Lösung fairer und sinnvoller ist als das Resultat, das bei einer strikten Anwendung des geltenden Rechts zustande gekommen wäre. Hierzu High Court i.S. *R (on the application of IFG Financial Services Ltd.; claimant) v. Financial Ombudsman Service Ltd. (defendant) and Mr. & Mrs. Jenkins (interested parties)* [2005] EWHC 1153.

²²⁴ EU-Empfehlung (FN 138), 34, Ziff. VI («*Handlungsfähigkeit*»).

geradezu ideal wäre das schon verschiedentlich propagierte eidgenössische Finanzmarktgericht²²⁵; vor dessen Errichtung könnten allenfalls die in Art. 5 ZPO vorgesehenen «einzigen kantonalen Instanzen» als Rechtsmittelbehörden fungieren. Für den Weiterzug ans Bundesgericht wären die üblichen Voraussetzungen gemäss BGG²²⁶ zu erfüllen. Zudem müsste die Spruchkompetenz des Disputes Committee mittels *Streitwertgrenzen* definiert werden. Vor dem Hintergrund dass in vielen ADR-Systemen die Streitwertgrenze über 100'000 € liegt²²⁷ wäre es sicherlich nicht übertrieben, dem Disputes Committee Spruchkompetenz bis zu einem Betrag von 100'000 Franken einzuräumen; für allfällige Weiterzugsmöglichkeiten wäre auf die üblichen Streitwertgrenzen abzustellen.

Was die Ausgestaltung des Erkenntnisverfahrens vor dem Disputes Committee betrifft, so wäre unbesehen des Streitwerts eine analoge Anwendung des *vereinfachten Verfahrens* i.S.v. Art. 243 ZPO in Erwägung zu ziehen²²⁸. Insbesondere die in Art. 247 ZPO verankerten Erleichterungen zur Sachverhaltsfeststellung – verstärkte richterliche Fragepflicht und allenfalls sogar die «soziale Untersuchungsmaxime» – würden Wesentliches dazu beitragen, um die bestehenden Machtasymmetrien zwischen den Parteien auszunivellieren und für ein möglichst *laienfreundliches Verfahren* zu sorgen²²⁹.

ii. Modell 2: Empfehlung mit Widerspruchsverfahren

Wesentlich schlanker liesse sich das Verfahren vor dem Disputes Committee konzipieren, sofern aus dem Verfahren kein unmittelbar bindender Entscheid resultiert. Der Gesetzgeber könnte deshalb in teilweiser Analogie zum *Urteilsvorschlag* i.S.v. Art. 211 Abs. 1 ZPO²³⁰ vorsehen, dass den Entscheiden des Disputes Committee nur dann rechtliche Bindungswirkung zukommt, wenn der Finanz-

dienstleister nicht innert einer Frist von 20 Tagen dagegen Widerspruch einlegt. Gegenüber Kunden wäre hingegen wie beim ersten Verfahrensmodell (vorn D.III.3.c) in jedem Fall auf eine bindende Wirkung zu verzichten.

Durch ein *öffentliches Widerspruchsverfahren* könnte die faktische Bindungswirkung der Empfehlungen des Disputes Committee noch zusätzlich erhöht werden²³¹. Demnach wäre der Finanzdienstleister verpflichtet, innert Frist eine öffentliche Erklärung abzugeben, in welcher er die Gründe für die Ablehnung der Empfehlung des Disputes Committee anführt. Als Publikationsorgane denkbar wären etwa eine Zeitung mit landesweiter Verbreitung, das Schweizerische Handelsamtsblatt und/oder eine eigens für derartige Publikationen eingerichtete Webseite, welche von Swiss FDR oder von der FINMA zu unterhalten wäre. Erfahrungen mit der Verfahrensordnung des früheren Building Societies Ombudsman in England²³² haben gezeigt, dass der faktische Zwang dieses atypischen «Naming and Shaming» zu einer sehr hohen Befolgsrate von rechtlich unverbindlichen Empfehlungen führt²³³. Vor diesem Hintergrund ist es eigentlich erstaunlich, dass dieses Verfahrensmodell bis anhin derart selten zur Anwendung gekommen ist²³⁴. Immerhin aber hat sich Italien mit der gesetzlichen Konstituierung des Arbitro BancarioFinanziario vor kurzem für ein derartiges Modell entschieden²³⁵.

4. Durchsetzbarkeit und Vollstreckbarkeit

Um zu gewährleisten, dass die vor Swiss FDR erzielten Vergleiche bzw. Entscheide rasch durchgesetzt und vollstreckt werden können, hätte der Gesetzgeber Folgendes vorzusehen²³⁶:

- Vergleiche gelten mangels anderslautender Anordnung im Gesetz lediglich als privatrechtliche Verträge²³⁷. Bei Weigerung eines Finanzinstituts, die verein-

²²⁵ Grundlegend KILGUS (FN 174), 428 ff.

²²⁶ BG über das Bundesgericht vom 17.6.2005 (SR 173.110).

²²⁷ Siehe hierzu vorn FN 124.

²²⁸ De lege lata ist das vereinfachte Verfahren nur auf vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu 30'000 Franken anwendbar.

²²⁹ De lege lata gilt die «soziale Untersuchungsmaxime» allerdings nur für die in Art. 247 Abs. 2 ZPO erwähnten Rechtsstreitigkeiten; nach der Lehre bestehen zwischen verstärkter richterlicher Fragepflicht und sozialer Untersuchungsmaxime indes kaum Unterschiede. So ALEXANDER BRUNNER, in: A. Brunner/D. Gasser/I. Schwander (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/St. Gallen 2011, Art. 247 N 12. Siehe hierzu auch Botschaft ZPO (FN 18), 7348 (zu Art. 243 f. E-ZPO).

²³⁰ Zum Urteilsvorschlag von Art. 210 ZPO als Hybrid zwischen Entscheid und Vergleich siehe Botschaft ZPO (FN 18), 7333.

²³¹ Befürwortend VON HIPPEL (FN 76), 155 ff.; noch unentschieden JAMES (FN 74), 209; eher ablehnend SCHERPE (FN 76), 281, 284.

²³² Dieser war bis zur Errichtung des englischen FOS (FN 48) für Streitigkeiten mit Hypothekarbanken und Bausparkassen zuständig.

²³³ Siehe hierzu JAMES (FN 74), 103 f.; VON HIPPEL (FN 76), 155 ff., insbes. 161 f., 200 f. (mit weiteren Beispielen).

²³⁴ Eine ähnliches Widerspruchsverfahren gilt vor den Beschwerdeausschüssen der Banken und Versicherungen in Dänemark; eingehend hierzu SCHERPE (FN 76), 187 f., insbes. FN 237 und FN 239.

²³⁵ Einzelheiten hierzu vorne C.II.3.b., insbes. FN 123.

²³⁶ Zum «enforcement» der Entscheidungen des FOS (FN 48) in England vgl. FSMA 2000, Part XVI, Schedule 17.

²³⁷ Das gilt de lege lata namentlich etwa für Vergleiche, die vor dem Bankenombudsman, der Ombudsstelle der Privatversicherungen und der SUVA und vor der Ombudscom abgeschlossen werden.

barte Vergleichssumme zu zahlen, bliebe dem Kunden nichts anderes übrig, als ein provisorisches Rechtsöffnungsverfahren anzustrengen, was dem Effizienzgedanken fundamental zuwiderläuft. Analog zu Art. 208 Abs. 2 und Art. 217 ZPO²³⁸ sollte daher allen Vergleichen, die vor Swiss FDR zustande kommen, die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids zuerkannt werden. Gestützt auf Art. 80 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG könnte dann die definitive Rechtsöffnung erteilt werden.

- Sofern sich der Gesetzgeber für das Verfahrensmodell mit Widerspruchsverfahren (vorn D.III.3.c.ii) ausspricht, sollten die vom Disputes Committee gefällten Entscheide analog behandelt werden, wie Urteilstvorschläge der Schlichtungsbehörden i.S.v. Art. 210 ZPO: Diesen würden dann ebenfalls die Wirkungen eines rechtskräftigen Entscheids zuerkannt, sofern nicht innert 20 Tagen eine schriftliche Abstandserklärung abgegeben wird²³⁹. Entscheide der Ombudsperson bis zu einem Streitwert von 5'000 Franken (vorn D.III.3.b) bzw. des Disputes Committee (vorn D.III.3.c.i) wären als definitive Rechtsöffnungstitel zu behandeln (Art. 80 Abs. 1 SchKG).

Diese gesetzgeberischen Anpassungen wären nicht nur aus Effektivitäts- und Effizienzgründen sinnvoll; sie sind vielmehr auch unter dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung geboten.

5. Kollektiver Rechtsschutz

Angesichts der tief verwurzelten Furcht vor den oft als erpresserisch empfundenen, sammelklageähnlichen Verfahrensmechanismen²⁴⁰ ist eine pragmatische Lösung gefragt, die zwar den kollektiven Rechtsschutz bei Streu- und Massenschäden sicherstellt, gleichzeitig aber das Missbrauchspotential so klein wie möglich hält. Verschiedene europäische Jurisdiktionen haben in den vergangenen Jahren erste Lösungsansätze hierzu entwickelt²⁴¹. Ausgehend von der Prämisse, dass nur ein nach dem Opt-

in-Prinzip²⁴² strukturiertes Kollektivverfahren mit der schweizerischen Rechtskultur vereinbar ist, erscheinen folgende Stossrichtungen als prüfenswert:

- In teilweiser Analogie mit dem deutschen Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)²⁴³ und mit der englischen Group Litigation²⁴⁴ wäre die Einrichtung eines *zentralen, öffentlich einsehbaren Klageregisters* bei Swiss FDR denkbar. Das Klageregister, welches idealerweise elektronisch zu führen wäre²⁴⁵, würde es Geschädigten ermöglichen, sich bei Vorliegen von gleichartigen Tat- und Rechtsfragen in einer Klägergruppe zu organisieren. Die Bündelung ähnlich geariteter Ansprüche wäre aber nicht nur zur Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes einzelner Geschädigter sinnvoll; vielmehr sprechen auch öffentliche Interessen – namentlich die Verfahrensökonomie, und das Bedürfnis nach einer konsistenten Spruchpraxis sowie nach einer stetigen Rechtsfortbildung (hinten D.IV.3.) – für eine derartige Kollektivierung von Verfahren. Ob die den verschiedenen Anprüchen zugrundeliegende, gemeinsame Rechts- oder Tatfrage vom Disputes Committee von Swiss FDR zu entscheiden wäre, oder ob vielmehr wie in Deutschland quasi ein «legal outsourcing» an eine autoritativ höher gestellte Spruchinstanz erfolgen sollte²⁴⁶, wäre noch zu entscheiden. Für eine solche Aufgabe wäre das neu zu errichtende Eidgenössische Finanzmarktgericht natürlich geradezu prädestiniert; im Sinne einer Übergangslösung könnte man immerhin eine Vorlage derartiger Musterfälle an die «einzige kantonale Instanz» i.S.v. Art. 5 ZPO in Erwägung ziehen.

²³⁸ Nach Art. 208 Abs. 2 ZPO kommt den vor der Schlichtungsbehörde geschlossenen Vergleichen, Klageanerkennungen und Klagerückzügen die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids zu. Dasselbe bestimmt Art. 217 ZPO für die im Rahmen einer gerichtsnahen Mediation erzielten, von der Schlichtungsbehörde genehmigten Einiungen.

²³⁹ Zur Veröffentlichung dieser Abstandserklärungen von Finanzinstituten siehe vorn D.III.3.c.ii.

²⁴⁰ In der Botschaft zur ZPO (FN 18) 7221 ff., 7290 hat der Bundesrat in diesem Kontext explizit von «legal blackmail» gesprochen.

²⁴¹ Für eine rechtsvergleichende Übersicht FRANCA CONTRATTO, Access to Justice in the Wake of the Financial Crisis: Test Cases as a Panacea?, SZW 81 (2009), 176 ff., 180 ff.

²⁴² Dieses stellt sicher, dass ein Geschädigter nur dann vom Ergebnis eines Kollektivverfahrens betroffen ist, wenn er zuvor explizit seinen Anschluss an das Verfahren erklärt hat. Das Ergebnis einer US-amerikanischen Securities Class Action i.S.v. Rule 23 (b)(3) der Federal Rules of Civil Procedure (FRCP) bindet hingegen sämtliche Geschädigte, sofern diese nicht im Rahmen eines sog. Opt-out eine «Austrittserklärung» abgegeben haben. Sammelklagen nach dem Opt-out Prinzip sind mit den rechtsstaatlichen Prinzipien der meisten europäischen Länder nicht vereinbar.

²⁴³ Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten vom 16.8.2005, BGBl. I 2005, 2437 ff. Für eine Übersicht siehe etwa BURCKHARD HESS, Musterverfahren im Kapitalmarktrecht, ZIP 2005, 1713 ff.; CONTRATTO (FN 241), 185 ff. m.w.H.

²⁴⁴ Eingehend NEIL ANDREWS, Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions, ZZPInt 5 (2000), 3 ff.

²⁴⁵ Ansprüche, die nach dem KapMuG entschieden werden sollen, müssen auf <www.bundesanzeiger.de> registriert werden. Für die Schweiz käme eine Registrierung auf <www.shab.ch> oder das Führen eines elektronischen Registers durch Swiss FDR in Frage.

²⁴⁶ Nach § 4 KapMuG sind die erstinstanzlichen Landgerichte dazu verpflichtet, die sog. «Musterfrage» dem zweitinstanzlichen Oberlandesgericht zur Beurteilung vorzulegen.

- Um den kollektiven Rechtsschutz zu verbessern, wäre zudem die Einführung der *Aktivlegitimation für Verbände* bzw. für bestimmte Anlegergruppen in Verfahren vor Swiss FDR in Erwägung zu ziehen. Auch hier könnte der Schweizer Gesetzgeber auf Erfahrungen aus dem Ausland aufbauen: In Österreich kann sich der Verein für Konsumenteninformation (VKI) Schadenersatzansprüche von geschädigten Verbrauchern zum Inkasso abtreten lassen und im eigenen Namen klagen²⁴⁷. Diese «Verbands-Musterklage» österreichischer Prägung wurde erstmals 1992 lanciert und hat inzwischen grosse Bekanntheit erlangt, namentlich wegen eines derzeit noch hängigen Schadenersatzprozesses in der Höhe von 40 € Mio. gegen den Finanzberater AWD²⁴⁸. Über eine ähnliche Klagebefugnis zugunsten von geschädigten Konsumenten verfügen seit 2001 auch die Verbraucherverbände in Deutschland²⁴⁹. Es gibt keine grundlegenden rechtlichen Hindernisse, welche gegen die Implementierung einer analogen Regelung im schweizerischen Recht, sprechen würden.

Dennoch wird es zweifellos viel Aufklärungs- und Überzeugungsarbeit brauchen, um politische Mehrheiten für diese neuartigen Kollektivverfahren gewinnen zu können. Wie anspruchsvoll dieser Prozess der Konsensfindung sein kann, zeigt sich anschaulich in der EU, wo bereits seit 2007 um einen gemeinsamen Nenner zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes im Bereich des Verbraucherschutzes gerungen wird²⁵⁰.

IV. Transparenz

1. Visibilität

Um Kunden eine echte Alternative zur gerichtlichen Durchsetzung ihrer Ansprüche zu bieten, muss Swiss FDR einem breiten Publikum bekannt gemacht werden²⁵¹. Zu diesem Zweck wäre ein *Internetauftritt* zu gestalten, der Kunden darüber informiert, welche Streitigkeiten Swiss FDR unterbreitet werden können, ob bzw. welche Kostenfolgen eine Entscheidung nach sich ziehen kann, nach welchen Modalitäten, Normen und Prinzipien Entscheide gefällt werden und welche Rechtswirkung diesen zukommt²⁵²; idealerweise sollten auch das Verfahrens- und Gebührenreglement öffentlich zugänglich gemacht werden²⁵³. *Aufsichtsrechtliche Normen* sollten Finanzdienstleister zudem dazu verpflichten, Retailkunden angemessen über die Streitbeilegungsmöglichkeiten vor Swiss FDR zu orientieren; neben einer Aufklärungspflicht gegenüber Kunden am Point of Sale wären auch Hinweise in Prospekten und anderen Werbemitteln für Finanzprodukte und -dienstleistungen erforderlich²⁵⁴.

2. Rechenschaftspflicht

Um das Vertrauen in das ordnungsgemässe Funktionieren von Swiss FDR nachhaltig zu pflegen, wäre eine regelmässige Rechenschaftsablage gegenüber der Öffentlichkeit unabdingbar. In Einklang mit geltenden Standards²⁵⁵ und gemäss bisheriger Praxis bereits existierender ADR-Systeme²⁵⁶ sollte Swiss FDR daher zur Veröffentlichung eines *jährlichen Rechenschaftsberichts* verpflichtet werden.

²⁴⁷ Die gesetzliche Grundlage wurde mit § 55 Abs. 4 Jurisdiktionsnorm geschaffen. Der Aufwand der Mitarbeitenden des VKI wird vom Bundesministerium für Konsumentenschutz gedeckt; um das Prozessrisiko jedoch nicht voll auf den Staat zu überwälzen, ist man dazu übergegangen, derartige Prozesse zusammen mit professionellen Prozessfinanzierern zu führen.

²⁴⁸ Details unter <www.verbraucherrecht.at>. Im konkreten Fall macht der VKI Ansprüche von 2500 Kunden geltend.

²⁴⁹ Vgl. Art. 1 § 3 Nr. 8 Rechtsberatungsgesetz, eingefügt durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001, BGBl I 2001, 3137. Einzelheiten bei EVA KOCHER, Funktionen der Rechtsprechung, Habil. Hamburg 2004, Tübingen 2007, 397 ff. m.w.H.

²⁵⁰ Die Pläne zur Verbesserung des kollektiven Rechtsschutzes gehen zurück auf die Verbraucherschutzstrategie der Kommission für die Periode 2007–2013 und wurden im Grünbuch vom 27.11.2008 (COM [2008] 794) konkretisiert. Wegen Widerstands wirtschaftsnaher Kreise ist die Reform im Herbst 2010 allerdings fast gescheitert und der jüngste Kompromissvorschlag sieht nunmehr einen Bruchteil der ursprünglich angedachten Lösungen vor: So soll das neue Kollektivverfahren nur bei Rechtsverletzungen mit grenzüberschreitendem Bezug Anwendung finden; zudem soll der Beitritt für Geschädigte nur mittels «Opt-in» möglich sein. Für Einzelheiten siehe KLAUS-HEINER LEHNE, Bericht an den Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments, 15.7.2011 (2011/2089[INI]).

²⁵¹ VON HIPPEL (FN 76), 233, 275; GUDE (FN 71), 182 ff.; JAMES (FN 74), 205.

²⁵² BIOA-Principles (FN 136), Ziff. 4; WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 40 f.

²⁵³ Diesbezüglich geradezu mustergültig ist der Webauftritt der Ombudscom (<www.ombudscom.ch>); ausbaufähig sind hingegen die Informationen auf <www.bankingombudsman.ch> und auf <www.ombudsman-assurance.ch/index.html>.

²⁵⁴ Vgl. hierzu analog die umfassenden Informationspflichten der Fernmeldedienstleister nach Art. 47 Abs. 3 FDV (FN 140).

²⁵⁵ EU-Empfehlung (FN 138), 33, Ziff. II.2.; BIOA-Principles (FN 136), 6 Ziff. 5; ANZOA-Principles (FN 137), 18 Ziff. 4.3.; WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 41. Zur vertrauensbildenden Wirkung von Transparenz VON HIPPEL (FN 76), 252, 264 f.

²⁵⁶ In der Schweiz werden die Jahresberichte des Bankenombudsmans und der Ombudsstelle für den Versicherungssektor usanzgemäss veröffentlicht; Art. 42 Abs. 2 lit. d FDV (FN 140) sieht sogar eine Veröffentlichungspflicht für den Jahresbericht der Ombudscom vor. «Annual reviews» veröffentlichen z.B. auch die Financial Ombudsman Services in England, Australien und Irland.

In einigen Jurisdiktionen besteht zudem eine Rechenschaftspflicht gegenüber dem Parlament und/oder gegenüber gewissen Teilen der Administration²⁵⁷. Für die Verhältnisse in der Schweiz drängt sich aufgrund der engen thematischen Verknüpfung eine *periodische Berichterstattung* an die FINMA auf. Bei Verfahren, welche mit Blick auf den Kundenschutz von richtungsweisender Bedeutung sind bzw. wo aufsichtsrechtliche Präventivmassnahmen indiziert sind, wäre Swiss FDR zudem zur umgehenden Orientierung der FINMA zu verpflichten.

3. Rechtsfortbildung durch Entscheidungspublikation

Lange Zeit galt die Gewährleistung von *Vertraulichkeit* über beigelegte Streitfälle zu den zentralen Erfolgsfaktoren aussergerichtlicher Streitbeilegung²⁵⁸. Allerdings lässt es sich weder mit dem Effektivitätserfordernis noch mit dem Grundsatz der Verfahrensökonomie vereinbaren, dass Streitigkeiten zwischen Finanzinstituten und Retailkunden stets unter dem Siegel der Verschwiegenheit beigelegt werden, zumal es sich oft um Rechtsfragen handelt, die eine Vielzahl von Kunden in gleicher oder zumindest sehr ähnlicher Weise betreffen²⁵⁹. Bei der Konzipierung von Swiss FDR gilt es, diese Polaritäten harmonisch miteinander in Einklang zu bringen²⁶⁰.

Eine Möglichkeit zur Erhöhung der Transparenz bei gleichzeitiger Beibehaltung einer gewissen Vertraulichkeit wäre die *Veröffentlichung anonymisierter Fallbeispiele* auf dem Internet, wie es gewisse ADR-Systeme und Ombudsstellen bereits heute tun²⁶¹. Empirische Untersuchungen deuten darauf hin, dass sich dadurch mög-

licherweise eine positive Verhaltenssteuerung der Industrie erreichen lässt und gewisse Streitfälle sogar präventiv vermieden werden können²⁶². Aus Effektivitäts- und Effizienzüberlegungen wäre dies sehr zu begrüssen.

Allerdings stellt sich die Frage, ob die Publikation von Fallbeispielen auch einen echten Beitrag zur *Rechtsfortbildung* leisten kann. Letzteres ist aufgrund der weitestgehend abstrahierten Sachverhalte und wegen der knappen rechtlichen Erwägungen eher zu bezweifeln. Ergänzend sollte Swiss FDR daher die Befugnis übertragen werden, *Entscheidungen*, welche Rechtsfragen grundsätzlicher Natur betreffen oder welche von allgemeinem Interesse sind, im vollen *Wortlaut* – jedoch ebenfalls anonymisiert – der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Letzteres ist nicht nur vereinzelt in internationalen Standards vorgesehen, sondern wird in bestimmten Jurisdiktionen bereits heute praktiziert²⁶³. Gerade weil Präjudizien von Zivilgerichten zu Finanzdienstleistungsstreitigkeiten relativ dünn gesät sind, würde die Veröffentlichung der Entscheidung von Swiss FDR einen sehr wesentlichen Beitrag zur Rechtsfortentwicklung leisten²⁶⁴.

E. Zukunftsmusik: Ein «Multi-Door Courthouse» für Finanzdienstleistungen?

Das im vorliegenden Aufsatz vorgeschlagene Konzept von Swiss FDR (vorne D.) versteht sich als *Kompromissvorschlag*, welcher die Vorteile der von Konsumentenschutzkreisen, Industrie, sowie Politik und Verwaltung propagierten Handlungsoptionen zur Verbesserung der Konfliktbeilegung zwischen Finanzdienstleistern und Retailkunden (vorne B.) ideal miteinander zu kombinieren, und gleichzeitig deren Nachteile zu eliminieren sucht. Swiss FDR ist zwar von verschiedenen ausländischen Verfahrensmechanismen inspiriert (vorne C.), es ist jedoch alles andere als ein blosses «Rechtstransplantat»²⁶⁵. Vielmehr handelt es sich dabei um ein *Streitbeilegungssystem*

²⁵⁷ Zum britischen System siehe FERRAN (FN 78), 15; VON HIPPEL (FN 76), 183.

²⁵⁸ Vgl. IOA-Best Practices (FN 135), 1 f.; Reglement Ombudscom (FN 86) Art. 1 Abs. 3 m.V.a. Art. 48 Abs. 2 FDV (FN 140); <www.bankingombudsman.ch/de/ombudsstelle/diskretionspflicht>; BVO (FN 115) Abschnitt 6 Ziff. 4.

²⁵⁹ EU-Empfehlung (FN 138), 33, Ziff. III; VON HIPPEL (FN 76), 261 m.w.H.

²⁶⁰ Siehe zu dieser Problematik BERGER (FN 93), 479; CHRISTIAN DUVE/MORITZ KELLER, Privatisierung der Justiz – bleibt die Rechtsfortbildung auf der Strecke? Ein Beitrag zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Privatautonomie und Rechtsfortbildung in der Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2005, 169, 176 f.

²⁶¹ Siehe z.B. <www.bankingombudsman.ch/de/fallsammlung/populaere-faelle>; <www.ombudscom.ch/de/fallbeispiele/index.html>. Siehe auch <www.fos.org.au/centric/home_page/publications/bulletins.jsp> (Australien); <www.financialombudsman.ie/case-studies/> (Irland). Nach Reformplänen sollen beim englischen FOS (FN 48) in Zukunft alle endgültigen Entscheidungen publiziert werden (<www.financial-ombudsman.org.uk/publications/policy-statements/publishing-decisions-sep11.pdf>).

²⁶² Für Hinweise auf empirische Studien siehe KOCHER (FN 249), 251 Fn. 499.

²⁶³ Siehe hierzu etwa die Befugnisse des Verbraucherbeschwerdeausschusses in Dänemark, beschrieben bei SCHERPE (FN 76), 129. Vgl. auch BIOA-Principles (FN 136), 5 Ziff. 4 lit. d.

²⁶⁴ KOCHER (FN 249), 251, erhofft sich von einer Entscheidungspublikation eine «kollektive Wirkung» der entsprechenden Verfahren.

²⁶⁵ Grundlegend ALAN WATSON, Legal Transplants, Edinburgh 1974. Siehe hierzu auch GEBHARD REHM, Rechtstransplantate als Instrument der Rechtsreform und -transformation, RabelsZ 72 (2008), 1–42.

sui generis, das die spezifischen Rahmenbedingungen unserer Rechtsordnung respektiert und dadurch eine hinreichende Verankerung in der hiesigen Rechtskultur sicherstellt.

Damit sich Swiss FDR zu einem nachhaltigen, von breiter Akzeptanz getragenen Streitbeilegungssystem für den Finanzplatz Schweiz entwickeln kann, sollten die wesentlichen Weichenstellungen zum «Grunddesign»²⁶⁶ dieses ADR-Systems im Rahmen einer vertieften, *politischen Auseinandersetzung* erfolgen. Einer demokratischen Legitimation bedürfte namentlich der Entscheid, ob Swiss FDR von Gesetzes wegen zwingend und flächendeckend auf sämtliche Anbieter von Finanzdienstleistungen zur Anwendung kommen soll und ob den Entscheiden auch rechtliche Bindungswirkung zuzuerkennen wäre.

Schliesslich wäre in diesem Kontext auch prüfenswert, ob sich Swiss FDR in Richtung einer Dachinstitution nach dem Vorbild des US-amerikanischen «*Multi-Door Courthouse*»²⁶⁷ weiterentwickeln liesse. Wie die sprichwörtliche Klappe, die mühelos zwei Fliegen auf einmal schlägt, könnte Swiss FDR diesfalls unter einem einheitlichen institutionellen Dach Dienstleistungen zur Bewältigung verschiedenster Konflikte im Finanzsektor – namentlich auch zur Beilegung von «B2B»-Rechtsstreitigkeiten – erbringen²⁶⁸. Längerfristig erscheint eine solche Lösung sehr wünschenswert, zumal sich dadurch nicht nur die bestehenden Rechtsschutzdefizite bei «B2C-Finanzdienstleistungsstreitigkeiten» beheben liessen, sondern dank Synergieeffekten und einer hohen Konzentration von spezialisiertem Know How auch Strukturen für eine effektive Konflikterledigung auf dem gesamten Finanzplatz Schweiz geschaffen werden könnten.

²⁶⁶ Für eine praktische Hilfestellung in Form eines Fragekatalogs vgl. WELTBANK FUNDAMENTALS (FN 129), 29 f.

²⁶⁷ Dieses von Prof. FRANK E. A. SANDER Ende der 1970er Jahre entwickelte Konzept geht dahin, Gerichte als Streitbeilegungszentren mit einer grossen Bandbreite an Konfliktbeilegungsmechanismen auszugestalten. Je nach Eigenart des beizulegenden Konflikts wird dieser einer anderen Verfahrensart (Mediation, Schlichtung, Mini-Trial, small claims-Verfahren, etc.) zugewiesen. Das Gericht fungiert als überspannende Dachorganisation, welches die Zuweisung eines konkreten Falles zur «richtigen Tür» sicherstellt. Zum Ganzen siehe MEYER (FN 71), 6 m.w.H.; CIMMINO (FN 77), 81 Fn. 248.

²⁶⁸ Die Errichtung eines «Multi-tier Dispute Resolution System» wurde bereits für den Finanzplatz Hong Kong propagiert. Siehe hierzu SHALA F. ALI/JOHN KOON WANG KWOK, After Lehman: International Response to Financial Disputes, A Focus on Hong Kong, Richmond J. of Global Law and Business, Vol. 10, Issue 2, 2011, 17 ff. (<http://works.bepress.com/shahla_ali/6/>).